Die Erbausschlagung des bürgerlichen Gesetzbuches

im Vergleich mit dem

ius abstinendi des gemeinen Rechtes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt der

Hohen Juristen-Fakultät

der Mecklenburg-Schwerinschen Landes-Universität

ROSTOCK

von

Robert Jacobsen

Referendar in Hamburg.

HAMBURG 1903.

Druck von Berngruber & Henning, gr. Reichenstr. 53.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0061

Meinen Eltern.

Die Erbausschlagung des bürgerlichen Gesetzbuches im Vergleich mit dem *ius abstinendi* des gemeinen Rechtes.

Inhalts-Angabe.

		Seite
Einleitung: Der Erwerb der Erbschaft.		1
§ 1.	Die Befugnis zur Ausschlagung	13
§ 2.	Die Uebertragbarkeit des Ausschlagungsrechtes	24
§ 3.	Der Verlust des Ausschlagungsrechtes . .	33
§ 4.	Die Stellung des Erben vor der Ausschlagung	52
§ 5.	Die Ausübung des Ausschlagungsrechtes (Form und Frist)	57
§ 6.	Berufung aus verschiedenen Gründen, auf verschiedene Erbteile	73
§ 7.	Die Wirkung der Ausschlagung im Allgemeinen	82
§ 8.	Das Schicksal der Erbschaft ins Besondere	98
§ 9.	Die Anfechtung der Ausschlagung . . .	109
Schlussbetrachtung		119

Einleitung.

Der Erwerb der Erbschaft.

Gewisse Personen, *sui* genannt,[1]) konnten nach römischem Recht in keiner Weise von der Erbschaft des Vaters ausgeschlossen werden[2]), so dass ein Testament, in dem sie übergangen wurden, nichtig war.[3]) Es musste demnach mangels eines gültigen Testaments Intestaterbfolge eintreten, bei welcher die *sui* an erster Stelle berücksichtigt wurden.[4])

---

[1]) Wer im Einzelnen zu ihnen gehört, wird sich aus dem § 1 ergeben.

[2]) Daher auch bezeichnet als *sui et necessarii* oder mit letzterem Ausdruck allein. l. 20 § 1, l. 38, l. 57 pr. D. 29, 2; l. 32 D. 40, 4.

[3]) Windscheid S. 183 (im Allgemeinen geht die mittelbare Berufung — Wille des Erblassers — der unmittelbaren — Gesetz — vor; nur für gewisse Personen dreht sich das Verhältnis um; sofern man bei diesen überhaupt von »Berufung« sprechen kann). cf. Karlowa S. 880.

[4]) Wenn sie jetzt aber von ihrem Erbrecht keinen Gebrauch machten, war der Grund zur Ungültigkeit des Testaments fortgefallen. Dasselbe wurde aufrecht erhalten *(voluntas testatoris ex aequo et bono sus inebitur*; l. 17 D. 28, 3); ob *iure civili* (Cujacius) oder *iure praetorio* (Averanius) ist im Erfolge gleichgültig. Näheres über die viel bestrittene Stelle s. b. Otto — Schilling — Sintenis, Bd. 3 S. 39.

Der *suus* erwarb die Erbschaft nicht erst durch Antretung, er war im Augenblicke der Berufung „ohne alle ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, dass er Erbe sein wolle, ja selbst gegen seinen Willen *ipso iure* Erbe.“ [1])

Den Grund der ganzen Erscheinung finden die römischen Juristen in einer Art Gütergemeinschaft, welche zwischen dem *paterfamilias* und seinen Kindern besteht, trotzdem rechtsförmlich nur ersterer als Vermögensinhaber erscheint.[2]) Dieses kann man auch so ausdrücken: Es besteht ein Gesamtrecht der Agnaten am Vermögen; durch Zusammenfassung desselben in einer Hand wird die Familie nach aussen hin für den Rechtsverkehr zu einer vermögensrechtlichen Einheit[3]) und haftet für die darauf lastenden Schulden persönlich.[4]) Man spricht sogar von einer Vereinigung der beiderseitigen Persönlichkeiten, wobei die des Vaters sich, so lange er lebt, ausschliesslich geltend macht, während dieselbe nach seinem Tode in den vermögensrechtlichen Beziehungen von den Kindern unmittelbar fortgesetzt wird.[5])

Diese ganzen Konstruktionen werden indirekt dadurch gestützt, dass eine Menge bisher zusammenhang-

---

[1]) Witte b. Weiske S. 856.

[2]) Brinz S. 43. — Mandry dagegen (S. 10, 17, 28) erkennt nicht einmal eine latente Mitberechtigung des *filiusfamilias* neben der präsenten Alleinberechtigung des *paterfamilias* an.

[3]) A. M. Labeo S. 110.

[4]) Bernhöft S. 84.

[5]) Sintenis S. 138, 139.

los überlieferter und in ihren Gründen unerklärlicher Bestimmungen sich als Konsequenzen der Familiengütergemeinschaft ergeben.[1])

Sollte man sie auch nur als Abstraction aus der Erbenqualität des Hauskindes, welche sie doch erst beweisen sollen, betrachten, so muss man zugestehen, dass diese Abstraction eine äusserst logische ist.[2])

Einen Fingerzeig giebt auch die Bezeichnung „*sui*". Karlowa (S. 879) sucht zu beweisen, dass *sui* nicht adjektivisch sondern als Attribut zu *heredes* gebraucht ist. Er übersetzt also *sui heredes* mit „die *sui* als Erben." Damit kann er aber nur ihr Verhältnis nach dem Tode charakterisieren (was er allerdings nicht thut), da er wenige Zeilen später behauptet, dass sie schon bei Lebzeiten des Vaters *heredes* sind. Wenn auch von einer Berufung in Wirklichkeit nicht die Rede sein kann, so tritt die Erbenqualität der *sui* doch erst mit dem Tode des Vaters in Gegensatz zu den anderen eventl. erbberechtigten Personen; und die von Karlowa citierten Stellen (Ulpian l. 2 § 4 D. 38, 16 und XII tab.: *si intestato moritur, cui suus heres non escit, agnatus proximus familiam habeto)* beweisen eher das Gegenteil. Viel ungezwungener ist Meyers (S. 71) Erklärung als „*domestici*" *heredes* oder Schirmers (S. 66 A. 7) als „natürliche" Erben.

Die *sui* werden also lediglich aus abhängigen Gliedern

[1]) Schirmer (Zeitschr. d. Sav. Stift.) S. 167.

[2]) Was allerdings von Mandry (S. 16) geleugnet wird.

zu selbständigen Herren im Hause[1]), und in der *exheredatio* liegt eine unzuverlässige Disposition über das Familienvermögen.[2]) Der Nachlass wird von den *sui* nicht erst besonders erworben, sondern er wird ohne weiteres als zu ihnen gehörig betrachtet.[3])

An diesem Vorgang wird dadurch nichts geändert, dass nach neuestem Recht das Erbrecht der *sui et necessarii heredes* nicht mehr „als auf deren eigenen Recht beruhend betrachtet wird, sondern ganz wie das der *voluntarii heredes* auf Testament und Gesetz.“[4])

Es wird auch nach neuerem Recht kein Wille zum Erwerb gefordert, so dass der Pupill nicht der Genehmigung des Tutors, der Wahnsinnige nicht der Zustimmung des Kurators bedarf.[5])

Dabei sind „die Wirkungen des *ipso iure* erfolgenden Erbschaftserwerbs keine anderen wie die des freiwilligen; der Erbe tritt aktiv und passiv in die übertragbaren Rechtsverhältnisse des Verstorbenen ein.“[6])

Nach Barons Anschauung[7]) ist nun „das sittliche Band so stark, dass die unbezahlte und uneigennützige Uebernahme von Mühe und Last zu den sittlichen Pflichten gehört;“ der Prätor beging aber den „Fehlgriff“[8]) und gab den *sui* das *ius (potestas) abstinendi*,

[1]) Schirmer S. 65, Meyer S. 72 Anm. 15, l. 11 D. 28, 2.
[2]) Schirmer (Sav. Stift.) S. 166.
[3]) Sintenis S. 139.
[4]) Brinz S. 44.
[5]) § 3 J. 3, 1.
[6]) Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 324.
[7]) S. 249, 250.
[8]) Baron S. 253.

zufolge seiner Rechtsnatur meist *beneficium abstinendi* genannt. Es wurde nämlich den *sui* gestattet, *se abstinere hereditate, ut potius patris quam ipsorum bona similiter a creditoribus possideantur*[1]; m. a. W.: der Prätor erlaubte ihnen, sich der Erbschaft zur Abwendung des Nachlass-Konkurses unter ihrem Namen zu entschlagen.[2])

Der Erwerb *ipso iure* tritt ein trotz rechtlichen oder faktischen Irrtums des Erben, ebensowenig schadet „die irrtümliche Meinung eines rechtlichen Impediments."[3]) Letzteres ist aber in Wirklichkeit vorhanden, wenn beim Ableben des Vaters mit Recht das Erscheinen eines *postumus*[4]) vermutet wird und dieser im Testament präteriert ist. In diesem Falle kann sich der *suus*, dessen Delationsgrund als Intestaterbe feststeht, eine *bonorum possessio decretalis* geben lassen, damit sein Erbrecht vererblich wird, denn erworben hat er noch nicht.[5]) Unentschieden ist ausserdem seine Erbquote, wie auch in dem Fall, da er sofort *ipso iure* erwirbt (während

[1]) § 2 J. 2, 19.

[2]) Die Pietät gegen den Vater wurde dadurch nicht verletzt, dieser konnte ja, um den Schimpf des Konkurses von seinem Namen fern zu halten, dem *suus* einen Sklaven substituieren; letzterem war die Ausschlagung versagt.

[3]) Mühlenbruch S. 308 ff.

[4]) Meist wird derselbe — wie im vorliegenden Falle — durch Geburt eintreten (Gaj. III, 4; Ulp. XXII, 15; § 2 J. 3, 1); kann es aber auch z. B. durch *causae probatio*, Rückfall aus der ersten in die zweite Mancipation (Gaj. III 5, 6), sofern er nur bei Lebzeiten des Vaters wenigstens erzeugt war.

[5]) Mühlenbruch S. 294.

es für den *extraneus* und *emancipatus* immer noch einer Antretung bedarf), — wenn man nämlich die Frau des Erblassers nur irrtümlich für schwanger hielt, sodass von einer Ruption des Testaments keine Rede sein konnte. Stirbt jetzt der *suus*, bevor sich der Irrtum aufklärt, so treten doch die Wirkungen ein, als habe nie ein Zweifel über sein Erbrecht bestanden.

Kommt es, mangels eines Testaments, zur Intestaterbfolge und man hält die Frau für schwanger, so erwirbt der *suus* sofort die Quote, welche sich nach Reservierung von drei Teilen für den erwarteten *postumus* ergiebt.

Der Erblasser kann, wie wir sahen, den *suus* nicht von der Erbfolge ausschliessen, ihn dagegen — und diese Anordnung musste dem *suus* eher erwünscht sein — bezüglich des Erwerbs der Erbschaft einem *extraneus sive voluntarius heres* völlig gleichstellen. Dies geschieht nicht schon durch Bestellung eines Substituten,[1]) — auch nicht, wenn der Erblasser die Substitution mit den Worten angeordnet hatte, *si filius heredidatem noluerit*, wobei die Substitution für den Fall gilt, dass der *suus* sich abstinieren sollte — wohl aber durch Einsetzung unter einer Potestativbedingung.[2]) Hier tritt der Erwerb erst, dann jedoch endgültig, mit Erfüllung der Bedingung

[1]) Mühlenbruch S. 361, 362; Schweppe S. 157 A. 2.

[2]) l. 69 D. 28, 5; l. 89 § 1 *cod.: suis heredibus ita institutis, si voluerint heredes esse, non permittendum amplius se abstinere hereditate, cum ea conditione instituti jam non ut necessarii sed sua sponte heredes extiterunt.*

ein, wozu übrigens der Pupill nicht der *auctoritas tutoris* bedarf. [1])

Auf welche Weise sich der Erwerb der Erbschaft nach deutschem Recht vollzog, ist nicht völlig aufgeklärt. Gewöhnlich wird zu seiner Veranschaulichung die altdeutsche Rechtsparömie herbeigezogen: *le mort saisit le vif* (der Tote erbt den Lebendigen). Ueber die Bedeutung derselben herrscht in zwiefacher Beziehung Streit. Einmal über den territorialen Umfang seiner Geltung. Wenn sich auch zweifellos feststellen lässt, dass sich der Satz in einzelnen Ländern, z. B. Holstein, dem römischen Recht gegenüber behauptet hat [2]), so bleibt doch Kühnast's (S. 41) Meinung unwidersprochen, dass kaum etwas Anderes allgemein germanisch war als der Mangel eines Erbrechtsbegriffs im Sinne einer Gesamtnachfolge.

Zweitens ist man sich zwar einig, dass — im Gegensatz zum römischen Recht — nicht durch Rechtssatz, sondern lediglich durch Erbfall und Berufung die Nachfolge in das Gut des Verstorbenen einträte. Gerber behauptet nun, es würde dadurch dem Lebenden nur die Möglichkeit eröffnet, in den Besitz des Nachlasses zu gelangen, zu dessen Verwirklichung immer noch ein Rechtsakt des Verstorbenen erforderlich sei.

Schroff ablehnend stehen dieser Anschauung gegenüber u. a. Stobbe, Heusler, Walter, Meyer. Letzterer (S. 73 A. 19) äussert sich wie folgt: *le mort saisit le vif*

[1]) l. 5 pr. D. 35, 1.
[2]) Mommsen, Entwurf S. 139.

bedeutet, dass die Gewere — der Besitz des Erblassers an den Erbschaftssachen — von Rechtswegen auf den Erben überging, sodass dieser, auch wenn er den Besitz des Erblassers einfach fortsetzte, wegen der ihm von Dritten vorenthaltenen Erbschaftssachen die possessorischen Rechtsmittel hatte. — Ohne sich gerade um die Auslegung des genannten Rechtsprichworts zu kümmern, konstruiert z. B. Stobbe (S. 22, 23) den Erwerb der Erbschaft in gleicher Weise. Er behauptet zwar, dass man dem nichtbesitzenden Erben nicht die Gewere zusprechen dürfe, solange sich ein Dritter thatsächlich im Besitze von Nachlasssachen befindet. Dass damit aber in Wirklichkeit nur eine Eigentümlichkeit der verzwickten Lehre von der Gewere gemeint ist, ergiebt sich daraus, dass Stobbe wenige Seiten später (S. 26) ausdrücklich bemerkt, dass ein feierlicher Besitzantritt des Erben, eine Art gerichtliche Einweisung nicht notwendig war, sondern nur vorteilhaft zur „Konstatierung und Sicherung der Gewere.“[1]) Dass die ganze Lehre auf sehr unsicherem Boden steht, giebt Schröder (S. 716) ohne Vorbehalt zu, wenn er auch für seine Person sich der soeben besprochenen Auffassung anschliesst (S. 687).

Bei näherer Prüfung dieser mannigfachen Ansichten scheint es am zweckmässigsten, nach einem Ausgleich derselben zu suchen, wie es Siegel (S. 478) gethan hat. Nach ihm bedurfte es zum Erwerb wenigstens ursprünglich allgemein der Ergreifung seitens der Erben mittels

[1]) Ebenso Heusler S. 34, 562.

Anefang oder unter Mitwirkung des Gerichts; und erst später übermittelte der blosse Erwerb zugleich den Uebergang der Gewere oder der *possessio civilissima*, wie sie dann genannt wurde.

Bei der Vorliebe der Germanen für feierliche Formen und Symbole dürfen wir also für die älteste Zeit nicht von einem Rechtsakt des Erben zum Erwerbe der Erbschaft absehen, für diejenigen Perioden aber, welche für die Entwicklung und Deutung des modernen Rechts in Betracht kommen, der von der Mehrzahl vertretenen Ansicht beipflichten. Aeusserlich stellt sich demnach der Erbschaftserwerb im deutschen Recht ebenso dar wie der Erwerb der *sui* im römischen Recht. (Stobbe S. 20. 21).

Das Bürgerliche Recht schliesslich befolgt eine Vereinigungstheorie (Binder S. 68). Es geht über das römische Recht hinaus, indem es alle Erben zu *necessarii* macht, über das deutsche Recht hinaus, indem es allen Erben das Recht der Ausschlagung gewährt.[1]) Auch Gierke (S. 548) betrachtet die §§ 1922. 1942 B. G. B. bezw. den Entwurf I als selbstverständliche Rückkehr zum Deutschen Recht, in dem der Satz *„le mort saisit le vif"* unzweifelhaft und allgemein gegolten habe.

[1]) Den Zwangserwerb der Hauskinder im Deutschen Recht ohne Ausschlagungbefugnis erklärt Endemann (S. 54) damit, dass dieselben nach Deutschem Recht nicht für die Schulden haften und deshalb die Erbschaft um so eher ohne ihr Zuthun erwerben und unwiderruflich behalten können; — also eine wesentlich andere Erwägung wie bei dem *ipso iure* Erwerb unter Verleihung des *ius abst.* an die *sui*!

Trotzdem wird man die Behauptung der Motive[1]) verstehen und billigen können, dass das B. G. B. uns eine ganz neue Konstruktion gebracht habe. Die Gründe, welche den Gesetzgeber geleitet haben, sind offensichtlich derart gewesen, dass man eine Uebereinstimmung des Erbschaftserwerbs im B. G. B. mit Prinzipien früherer Rechte, wenn sich diese nur für einzelne Punkte nachweisen lässt, nicht tendenziös ausbeuten darf.[2]) Trotzdem soll nicht geleugnet werden, dass sachlich sich der Erwerb wie beim *suus heres* vollzieht (Koeppen S. 196); dem zuerst Berufenen fallen resolutiv-bedingt alle Rechten und Pflichten eines Erben an.[3])

Daraus folgt, dass die Erbschaft erst mit der Annahme ein Bestandteil des Erbenvermögens wird, bis dahin dessen Schicksal und der Einwirkung von Interessenten des letzteren (Gläubigern in weiterem Sinne) entrückt ist.[4]) Der *suus* erwarb infolge seines Wahl-

[1]) S. 481, — ebenso Endemann S. 336 Anm. 2; A. M. (wohl nur scheinbar) Kuhlenbeck, v. d. Pand. z. B. G. B. S. 201.

[2]) Ueberhaupt muss man vorsichtig sein, wenn man dem Gesetzgeber bestimmte Motive unterschiebt. Deshalb geht meines Erachtens Endemann (S. 338 Anm. 1) zu weit, wenn er die Konstruktion des Erbschaftserwerbs im B. G. B. damit erklärt, dass der Testator nicht jemanden zwingen solle, mit einer ihm missliebigen oder sozial tief unter ihm stehenden Person die Erbenqualität zu teilen; ähnlich allerdings Jäger S. 95. — Mit Recht dagegen wird betont, dass der Erbschaftserwerb nicht nur einen vermögensrechtlichen, sondern auch einen persönlichen Charakter trage. Kern S. 9, 19; Jäger S. 87.

[3]) Staudinger Anm. 1 ad § 1953; Binder S. 73.

[4]) Soweit es sich um finanzielle Gesichtspunkte handelt, kann man sagen, dass die Privatgläubiger des Erben noch keine Mehrung ihrer Sicherheit, keine Erweiterung der Haftungsmasse

rechtes geradezu nur eine *facultas acquirendi*, wie Koeppen (wohl etwas zu weitgehend) [1]) sagt. Deshalb zählt ein solcher Erwerb zu den *res quae extra nostrum patrimonium habentur*, welche kein Befriedigungsobjekt für die Gläubiger bilden und auf welche die ausschliesslich dem Vermögensrecht angehörigen Normen[2]) keine Anwendung finden.

Weil nun das geltende Recht [3]) es während einer bestimmten Zeit vom *suus* abhängen lässt, ob der Erbschaftserwerb als geschehen zu betrachten ist oder nicht, wurde ihm zum Vorwurf gemacht (Kühnast S. 50), dass es an die Stelle des wenigstens klaren Antretungsprinzips „eine Umkehrung der Annahmewirkungen“ [4]) gesetzt habe. Das trifft insofern nicht zu, als der an sich unnatürliche *ipso iure* Erwerb durch Berücksichtigung des Willens gemildert wird. Ein wesentlicher

gewonnen haben (Jäger S. 94). — Ob aber eine Anfechtung der Ausschlagung seitens der Gläubiger unberechtigt ist, kann erst weiter unten entschieden werden.

[1]) S. 196; wenigstens für das römische Recht. Der *ipso iure* Erwerb verleiht dem *suus* nicht eine *facultas acquirendi*, sondern ein *acquisitum „quod repudiari non potest“* (l. 1 § 7 D. 38, 9). Darauf beruht eben der Unterschied von *repudiatio* und *abstentio*. Soweit dagegen neueres Recht in Frage steht, finde ich mit Jäger (S. 93 Anm. 7) Koeppens Ansicht „höchst beachtenswert“.

[2]) Da hierunter auch die *actio Pauliana* fällt, wird Koeppens Ausführung noch an anderer Stelle von Wichtigkeit sein.

[3]) Nach dem B. G. B. ist die angefallene Erbschaft ein blosses Angebot zum Erwerbe und somit die Ausschlagung die Nichtannahme eines angebotenen Rechtes. Kern S. 9.

[4]) Bezw. direkt einer Annahme nach römischem Vorbild; sodass sich inhaltlich das Erbesein in der Befugnis erledigt, die Erbschaft ausschlagen oder erwerben zu können. Silverberg S. 27.

Vorteil des B. G. B. ist ferner, dass wir von dem Schrecken älterer Juristen, der *hereditas jacens*, befreit sind. Eine *amotio* oder eine *expilatio hereditatis* giebt es nicht mehr; wer sich Gegenstände der Erbschaft aneignet, ohne Erbe zu sein, begeht ein durch kein Thatbestandsmerkmal ausgezeichnetes *furtum*. Und was viel wichtiger ist: die Erbschaftsgläubiger, welche nicht in der Lage sind, sofort zuzugreifen, werden nicht mehr durch Prävenienten gefährdet; Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs sichern allen gleichmässige Befriedigung (Binder S. 70). Durch die Bestellung eines Nachlasspflegers (B. G. B. § 1960 Abs. 2) wird ebenfalls keine *hereditas jacens* geschaffen; denn mag es auch z. Zt. noch ganz zweifelhaft sein, wer nach rückwärts hin als Erbe zu gelten hat, so ist die Erbschaft doch schon jetzt als eine dem Erben zugehörende zu behandeln,[1]) der Nachlasspfleger ist kein *curator rei* sondern *personae*.[2])

---

[1]) Strohal, 3. Aufl. S. 26, 27.

[2]) Meyer (S. 77) und Silverberg (S. 26) bezeichnen ihn bezw. das Nachlassgericht als „Herren der Erbschaft."

§ 1.

Die Befugnis zur Ausschlagung.

Von einer Unterscheidung der Erben nach dem Verhältnisse, in dem sie zum Erblasser stehen, sieht das B. G. B. ab, insoweit der Erwerb oder die Ausschlagung einer Erbschaft in Frage steht. Keine Durchbrechung des Prinzips liegt in der Sonderstellung des Fiscus, der als gesetzlicher Erbe in letzter Reihe berufen ist und dann nicht ausschlagen kann.[1])

Der Charakter und der Umfang des fiscalischen Erbrechtes hat sich beständig geändert; jedenfalls hat es stets eher eine Ergänzung wie einen Bestandteil des Erbrechtes gebildet, indem es die dort vorhandenen Lücken ausfüllte.[2]) Im römischen Recht finden wir die ersten, sofort ziemlich kräftigen Ansätze in der *lex Julia et Papia Poppaea.*[3]) Im gemeinen Recht steht

[1]) Der Fiscus wird selbst nicht befreit durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder Erbverzicht (Walter S. 28). Dagegen kann er ausschlagen, wenn er nicht durch Gesetz, sondern durch letzwillige Verfügung berufen ist (Binder S. 213).

[2]) Je grösser der Umfang des Erbrechts, je kleiner der des Heimfallrechts. Kähler S. 7.

[3]) Endemann S. 77 Anm. 4; Sintenis S. 339 Anm. 6.

der Fiscus schon wie eine Privatperson da; er muss die Erbschaft in Besitz nehmen oder die Erbschaftsklage anstellen; durch Versäumung der Geltendmachung seines Rechtes innerhalb 4 Jahren geht er desselben verlustig.[1]) Sein Erbrecht stellt sich also als eine besondere privatrechtliche Befugnis auf erblose Erbschaften dar, aber blos nach Analogie des Erbrechts (Meyer S. 129, 130). Die Versuche einiger Schriftsteller (vgl. Meyer S. 130 Anm. 9), ihm den Charakter eines auf der Staatshoheit beruhenden publizistischen Aneignungsrechtes zu geben, ist wohl nur aus dem oft beobachteten Bestreben erwachsen, römische und deutsche Rechtsgedanken zu verbinden; das Heimfallsrecht des Fiscus im deutschen Recht ist allerdings eine öffentlich rechtliche Befugnis gleich einem Regal. — Das B. G. B. seinerseits verlässt den Boden des deutschen Rechts vollständig, geht über das römische Recht hinaus, indem es das fiscalische Erbrecht nicht nur als ein Privatrecht sondern als ein privatrechtliches Erbrecht konstruiert (Kähler 101); einen erblosen Nachlass giebt es nicht mehr.[2])

Damit aber letzterer Zustand auch nicht eintreten kann, musste dem Fiscus die Ausschlagung verwehrt werden. Als Aequivalent dafür besitzt er ein unverlierbares[3]) Recht auf Inventarerrichtung, an dessen

[1]) l. 1 C. 7, 37; l. 10 D. 44, 3; l. 1 § 2 D. 49, 14.

[2]) Endemann S. 78, Motive S. 486, Planck Anm. 1 ad § 1936, Binder S. 212.

[3]) B. G. B. § 1994, 2011. — Anders, wenn er als Testamentserbe ausschlägt. Binder S. 213 Anm. 9.

Stelle die Pflicht zur Auskunftserteilung tritt. Andererseits wälzt er durch Beantragung einer Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlasskonkurses bezw. Gläubigeraufgebots (Matthiass S. 393) jede Mühewaltung auf die dazu bestimmten Organe ab.

Indessen bildet die Verleihung eines privatrechtlichen Erbrechts an den Fiscus nur den ehrenvollen Mantel zur Deckung seiner weniger ehrenvollen Stellung. Wenn auch Fälle eintreten können, in denen Erbberechtigte zwar ursprünglich vorhanden, aber durch irgendwelche andere Ereignisse wie gerade Ausschlagung vor oder nach dem Erbfall fortgefallen oder Fälle, in welchem ausschliesslich der Fiscus bezw. die an seine Stelle tretenden juristischen Personen (vergl. Kähler S. 107) berufen sind, — im grossen Ganzen fallen ihm nur überschuldete oder gänzlich unbedeutende Erbschaften, auf welche die Vorberufenen gutwillig verzichteten, zu. Verhindert sollte lediglich der mit einem Kulturstaat unvereinbare Zustand werden, dass eine Erbschaft herrenlos wird und der freien Aneignung preisgegeben wird, wodurch insbesondere die gleichmässige Befriedigung der Gläubiger arg bedroht erscheint.[1])

Diese Auffassung des fiscalischen Erbrechts erhellt noch mehr aus den Bestimmungen der §§ 2104, 2149, von denen man annimmt, dass sie dem mutmasslichen Willen des Erblassers entsprechen.[2])

[1]) Motive S. 380, Kähler S. 101.

[2]) Endemann S. 81. — Auch die wichtigsten Urheberrechte gehen nicht auf den Fiscus über: § 17 R. G. vom 11. Juni 1870, § 15 R. G. vom 9. Januar 1876, § 8 II R. G. vom 19. Juni 1901.

In einem anderen Falle, wenn rücksichtlich eines Bruchteils der Erbschaft keine Accrescenz sondern gesetzliche Erbfolge eintritt (§§ 2088, 2094, Abs. 2), fungiert zwar der Fiscus nicht mangels eines Erben überhaupt sondern als Miterbe des nicht fortfallenden Intestat- bezw. Testaments-(Vertrags)erben; — aber diese Konsequenz war wahrscheinlich nicht beabsichtigt.[1]) Während Entwurf I § 1974 alle lediglich für den Fiscus geltenden Rechtssätze enthielt, behandelt das B. G. B. nur die Voraussetzungen des Erbe*werdens* (soweit überhaupt von einem solchen gesprochen werden kann) im Zusammenhang (§ 1964—1966): Das Nachlassgericht erlässt eine öffentliche Bekanntmachung, die bei geringer Masse unterbleiben kann. Hierzu ist weder die Bestellung eines Nachlasspflegers erforderlich[2]) noch braucht ein etwa bestellter Pfleger sie zu beantragen (Meyer S. 131, Anm. 15). Die Bekanntmachung enthält zugleich die Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen innerhalb einer angemessenen Frist. Da letztere nicht präclusiv wirkt (Meyer 131), wird noch jedes Erbrecht berücksichtigt, dass innerhalb dreier Monate als bestehend oder bezüglich dessen die Klageerhebung nachgewiesen wird. Es ist deshalb fraglich, ob man mit der Feststellung des fiscalischen Erbrechtes, die durch Beschluss (Binder S. 215) zu erfolgen hat,

[1]) Binder S. 214, Strohal 3. Aufl. S. 57.

[2]) Eine Nachlasspflegeschaft kann überhaupt nur angeordnet werden, wenn es ungewiss ist, ob der Fiscus Erbe ist; jedenfalls erlischt sie mit der Feststellung des fiscalischen Erbrechts. Binder S. 213.

nicht noch diese drei Monate warten soll. Praktisch wäre es jedenfalls, doch steht es nicht im Gesetz (Kähler S. 98), wie von einigen Seiten[1]) behauptet wird. Der Beschluss, mag er früher oder später erfolgen, gilt trotz des gleichen Verfahrens, nicht als Ausschlussurteil im Sinne der C. P. O. § 946 ff, er wirkt nur deklaratorisch nicht konstitutiv. Er macht den Fiscus nicht zum Erben, wenn er (d. h. die Feststellung des fiscalischen Erbrechts) richtig ist, und er ist bedeutungslos, wenn ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden ist. Unterbleibt die Feststellung, so steht dem Fiscus die Feststellungsklage nach C. P. O. § 256 zu. (Binder S. 215). Macht der wahre Erbe sein Erbrecht geltend, so muss der Fiscus zurückweichen, es sei denn, dass er die Einrede der Verjährung der *hereditatis petitio*[2]) geltend machen kann. Immerhin hat der Beschluss den Nutzen, dass der Fiscus nunmehr im Rechtsverkehr nach aussen als Erbe gilt. Er geniesst aktive und passive Legitimation,[3]) insbesondere zur Anstellung der Erbschaftsklage, bei welcher nunmehr den Erben die Beweislast trifft (Binder S. 215), er kann sich einen Erbschein ausstellen lassen, auf Grund dessen gutgläubige Dritte geschützt sind.

Aus der Natur des Heimfallrechtes in Deutschland folgt, dass der Inhaber desselben immer ein Träger

[1]) Binder S. 215, Planck Anm. 4 ad § 1965. Scheinbar zustimmend Endemann S. 79.

[2]) B. G. B. § 2018 ff., Meyer 131.

[3]) Wird er vor der Feststellung belangt, so kann dieses nur in seiner Eigenschaft als Erbschaftsbesitzer geschehen.

öffentlich-rechtlicher Funktionen sein muss.[1]) Im gemeinen Recht war der Fiscus des letzten Domizils des Erblassers legitimiert.[2]) In der zweiten Kommission zur Beratung des B. G. B. wurde der Vorschlag gemacht, an Stelle des Fiscus die Gemeinde zu berufen, und Bernhöft (S. 75 ff.) giebt praktische Winke, um den Gedanken nutzbar zu machen. Trotzdem entschied man sich für den Fiscus, und zwar desjenigen Bundesstaates, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehörte, bezw. des Reiches, wenn der Erblasser keinem Bundesstaate angehörte.[3])

An Stelle des Fiscus wurde nach römischen Recht z. B. die *curia* bezüglich der *bona vacantia* der Decurionen, die *legio* bezüglich der Erbschaft der Soldaten berufen. Vergeblich hat aber die gemeinrechtliche Praxis versucht, diese Vorschriften auf Universitäten, Armenhäuser, Zünfte u. s. w. analog anzuwenden.[4]) Das deutsche Recht in seiner ursprünglichen Entwicklung zeigte weniger Neigung in der Anerkennung anderer Personen neben dem König bezw. dem Gerichtsherrn als Träger des Heimfallrechts, wie in der Aus-

[1]) Allodialvermögen fiel der königlichen Gewalt oder ihrem Vertreter zu bezw. an eine Corporation oder Stadt, die es erworben hatte. Ein Lehen fiel an den Landesherrn zurück, das hofrechtliche Erbe an den Grundherrn. Siegel S. 471.

[2]) Vangerow S. 564, Windscheid S. 622 Anm. 1, Dernburg S. 136 Anm. 8, Endemann § 19 Anm. 11.

[3]) Soweit internationales Recht in Frage steht, vergl. Einführungsg. z. B. G. B. Art. 24—29, Kähler S. 94—97.

[4]) Giessener Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess Bd. 10 S. 94 ff., Sintenis Bd. 3 S. 339 Anm. 5.

scheidung gewisser Klassen von Personen, die es als erbunfähig bezeichnete und deren Nachlass ohne Weiteres occupiert wurde. In erster Linie wurden die Unehelichen davon betroffen, dann Hochverräter, und drittens solche Erbschaftsgegenstände, bei denen es an geeigneten Sondernachfolgern (Heergewette, Gerade) fehlte.[1]) Später allerdings wurden viele juristische Personen, Verbände u. dergl. mit dem Heimfallsrecht bedacht, in der Art, dass dieselben entweder jeden anderen von der Erbfolge ausschlossen oder an Stelle bezw. vor dem Fiscus berufen waren. Auf ihre Anerkennung beschränkt sich das B. G. B. (Art. 138, 139)[2]) ohne Näheres über ihre Rechte und Pflichten auszusagen. An sich steht diesen juristischen Personen das Recht der Ausschlagung zu. (Wilke Anm. 3 ad § 1942), aber nur soweit, wie sie nicht an letzter Stelle stehen (Windscheid S. 437) und somit die Funktionen des sonst berufenen Erben zu erfüllen haben.

Während also der Fiscus insofern dem *suus* gleichsteht, als er nicht von der Erbfolge ausgeschlossen werden kann,[3]) lässt er sich seiner Verwendung nach

[1]) Näheres darüber s. b. Kähler (S. 28) und der dort aufgeführten Litteratur.

[2]) Auf Grund derselben bestimmt u. A. § 252 der Verordnung zur Ausführung des B. G. B. vom 9. April 1899 (Regierungsblatt f. das Grhzt. Mecklenburg-Schwerin 1899 No. 13): Im Falle des § 1936 des B. G. B. sind gesetzliche Erben an Stelle des Fiscus die Städte Rostock und Wismar, sofern der Erblasser der städtischen Gerichtsbarkeit unterstanden hat.

[3]) Sei es in letzter, sei es in erster Linie ohne Einsetzung eines anderen Erben. Kähler S. 102.

— er dient zur Aufnahme oder besser Verhinderung erbloser Verlassenschaften — mit dem *servus* vergleichen, der *cum libertate* eingesetzt war. Dieser konnte so wenig ausschlagen wie der Fiscus, diente darum als letzter sicherer Erbe. Durch das *ius separationis*, einem Ersatz für das versagte Abstinenzrecht, wurde dann der *servus* ziemlich in die gleiche Lage versetzt, wie der Fiscus nach obiger Darstellung.

Dass das römische Recht zwischen *extranei* und *sui heredes* unterschied, ist schon bemerkt; es erübrigt zu untersuchen, wer zu den *sui* gehört.

Streitig ist, ob die *emancipati* zu ihnen zu zählen seien, wie Witte[1]) behauptet, indem er sich auf Billigkeitsrücksichten beruft. Mühlenbruch sucht in ausführlicher Begründung das Gegenteil nachzuweisen.[2]) Unpraktisch wurde aber die ganze Frage durch die Nichtreception des römischen Sklaven- und Mancipationsrechtes.[3])

Für das gemeine Recht dürfte folgende Definition festzuhalten sein: *necessarius heres* (oder Noterbe, wie man den *suus* jetzt schlechthin nennen konnte) ist, wer

[1]) S. 857. — Die *emancipati* gehörten zwar zu den „natürlichen" Erben, nicht aber zu den *sui*. Karlowa S. 880.

[2]) Ebenso Sintenis S. 487 A. 1. — Streit herrscht auch darüber, ob die mit der Freiheit eingesetzten *emancipati* oder nur solche, die früher im *mancipium* des Erblassers gestanden hatten, als *sui* zu betrachten wären (Witte S. 857, Vering S. 479, 480). Unbestritten ist, dass ihnen das Gesetz in zwei Fällen Suitätsrechte zubilligte. (Nov. 81 c. 2, l. 11. C. 6,58.)

[3]) Vering S. 479 A. 1.

z. Zt. der Testamentserrichtung und z. Zt. des Todes[1]) (bezw. im Augenblicke seiner Gefangenschaft; *fictio legis Corneliae*) des Erblassers *sub potestate testatoris* sich befindet und daher durch den Tod gewaltfrei wird.[2])

Hierzu gehören zunächst die unmittelbaren[3]) Descendenten des Testators, sie können aber auch erst vor dem Erbfall durch Legitimation[4]) oder Fortfall einer Mittelsperson *sui* geworden sein.

Ferner kann der Testator seinen Erben, ohne sie zu *sui* zu machen, die Eigenschaft eines *heres necessarius* und damit das *ius abstinendi* verleihen; wenn er seinen Enkel von einem enterbten Sohn zum unmittelbaren Erben oder als Substituten des eingesetzten Sohns[5]) oder seine eigenen *necessarii* durch Pupillar-Substitution zu Erben des unmündigen Descendenten ernennt. Für

---

[1]) Tritt vor dem Anfall der Erbschaft durch Fortfall des Testaments Intestaterbfolge ein, so gilt als *suus heres* auch Derjenige, der in diesem Augenblicke gewaltfrei (indirekt durch den Tod seines *parens*) geworden ist. Erst in diesem Augenblick zeigt es sich, dass der Testator mit Hinterlassung eines destituten Testaments verstarb (l. 7 pr. D. 38,6; l. 9 § 2 D. 28,2), wie für die Noterbenfolge *postumus* auch der nach dem Testament als *suus* Eintretende ist. Vorausgesetzt wird aber stets, dass der als *suus* Eintretende z. Z. des Todes des Erblassers schon erzeugt war (§ 7, 8 J. 3, 1; l. 1 § 8 D. 38,16).

[2]) Mühlenbruch S. 294, Windscheid S. 354.

[3]) Auch „natürliche" genannt; im Gegensatz zu den sogen. „künstlichen" Descendenten *(sui non naturales)*, welche durch Arrogation und Adoption, in *manum conventio uxoris*, der *potestas* des Erblassers unterstanden. Witte, S. 857.

[4]) *Legitimati per oblationem curiae* sind vom *ius abstinendi* ausgeschlossen durch Nov. 89 c. 3. pr.

[5]) l. 6 § 5 D. 29,2.

den letzteren Fall werden sie auch bezüglich der Erbschaft des Testators *ipso iure* Erben und geniessen in Bezug auf dessen Erbschaft das *beneficium abstinendi.*[1])

Mit der Argumentation, dass die Suität nicht darauf gegründet werden kann, dass Jemand n e b e n den *sui heredes* des Erblassers ein gesetzliches Erbrecht besitzt, weist Mühlenbruch[2]) die ebenfalls vertretene Ansicht zurück: Enkel von Töchtern besässen dem mütterlichen Grossvater gegenüber das Recht eines *suus heres.*

Eine andere Frage ist, wer in Person wirksam von dem *ius abstinendi* Gebrauch machen bezw. die Ausschlagung erklären kann. Das bestimmt sich nach dem Charakter der Ausschlagungserklärung in Verbindung mit den Vorschriften über die gesetzliche Vertretung Geschäftsbeschränkter. Ebenso stand es mit dem *infans*, als der Vater das Recht erlangte, für ihn Erbschaften anzutreten, so dass die *transmissio ex capite infantiae* den grössten Teil ihrer Bedeutung verlor. Zu erwähnen wäre die auffallende Bestimmung, nach der die Entscheidung des Hausvaters über eine dem Hauskinde angefallene Erbschaft nur provisorische Kraft erlangt.[3])

Das geltende Recht erfordert zur Ausschlagung durch den gesetzlichen Vertreter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.[4]) Diese ist nicht erforderlich, wenn die

[1]) l. 2 § 4; l. 10 § 1 D. 28, 6.

[2]) Mühlenbruch S. 295, 296.

[3]) *nullo ex hoc* (d. h. aus der Entscheidung des Vaters) *praejudicio filio generando* — l. 8 C. 6, 61.

[4]) § 1643 Abs. 2 für den Vater, § 1822 Z. 2 für den Vormund und Pfleger.

Erbschaft erst infolge der Ausschlagung des Vaters dem Kinde angefallen ist; was jenem nicht frommt, wird auch diesem schwerlich Nutzen bringen. Ist aber der Vater Miterbe, so bedarf er der Genehmigung, weil nunmehr eine Interessencollision zu befürchten ist.

Ein Gebrechlicher, der sich nach § 1910 einen Pfleger hat bestellen lassen, wird dadurch nicht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Er kann deshalb ebenso wie der Pfleger die Ausschlagung erklären; es genügt, wenn für einen von Beiden die Voraussetzungen einer wirksamen Erklärung vorliegen. [1])

Wegen der provisorischen Natur des Erbschaftserwerbs bedarf weder die Ehefrau bei dem gesetzlichen Güterrechte die Genehmigung des Mannes [2]) noch der Gemeinschuldner der Genehmigung des Konkursverwalters oder der Gläubiger. [3])

Aus demselben Grunde kann der Vorerbe eine seinem Erblasser angefallene Erbschaft mit Wirkung gegen den Nacherben ausschlagen. § 2112 steht dem nicht im Wege, denn im Gebrauch des Ausschlagungsrechts kann nicht wohl eine Verfügung über Nachlassgegenstände erblickt werden. [4])

---

[1]) Strohal S. 301 A. 10.

[2]) B. G. B. § 1406 No. 1.

[3]) K. O. § 9.

[4]) Planck A. 5 ad § 1952, A. 2 ad § 2113. — Ebenso Binder S. 140; A. M. Wilke Anm. 7 ad § 1952 (im Widerspruch mit der Ausschlagungsbefugnis des Testamentsvollstreckers; Anm. 4 ad § 1944).

§ 2.

Die Uebertragbarkeit des Ausschlagungsrechtes.

Da die Delation im römischen Recht unvererblich war, konnte es leicht vorkommen, dass der Erbe die Erbschaft auch für seinen Erben verlor, wenn er nämlich keine Gelegenheit fand, sich über die Acquisition zu erklären. Ursprünglich vielleicht nur für letzteren Fall, später als sog. *transmissio Justinianea* im weitesten Umfange als ordentliches Rechtsinstitut ausgebildet, kam die Delation dem Erbeserben zu Gute, vorausgesetzt, dass der Erbe noch nicht als antretend angesehen werden konnte. Neben dieser, nur für *extranei* geltenden *transmissio,* gab es eine uneigentliche[1]) für *suos heredes,* ohne dass man den Einfluss der beiden Transmissionen aufeinander nachweisen oder im einzelnen feststellen könnte.

Es ist ein ziemlich müssiges Unterfangen, den Ausdruck bei Anwendung auf die *sui* zu bemängeln und lediglich von Vererbung zu sprechen.[2]) Die Entwick-

[1]) Es wird nicht wie beim *extraneus* das Acquisitionsrecht übertragen, sondern das „Erbrecht selbst in dem Zustand, in dem es sich beim Tode des Erblasser befindet". Mühlenbruch S. 350.

[2]) Marezoll a. a. O. S. 82 macht darauf aufmerksam, dass die Quellen einen Kunstausdruck für die Uebertragung des *ius abst.* nicht kennen, an allen Stellen, die darauf hinweisen, von *transmissio* sprechen. — Aus denselben Gründen plädiert Binder

lung des Rechtes lässt allerdings letzteren Ausdruck berechtigter erscheinen, zumal allmählich der Vorgang als selbsverständlich empfunden wurde. Ob aber schon aus dem *corpus iuris* auf die allgemeine Geltung für *sui* geschlossen werden darf, soll jetzt untersucht werden.

In Anlehnung an die Quellenstelle des Paulus (l. 7 § 1 D. 29,2): *Si filius priusquam sciret, se necessarium extitisse patri heredem decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur,* behaupten einige Schriftsteller,[1]) das *ius abst.* könne vom Erbeserben, wenn der Erbe gestorben wäre, ohne das Ausschlagungsrecht verloren zu haben, nur geltend gemacht werden, wenn der Erbe mangels Kenntnis des Erwerbs der Erbschaft dazu nicht im Stande gewesen wäre. Damit lässt sich aber schlecht vereinigen l. 19 C. 6,30:[2]) *cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus, filios familias paternam hereditatem delibe-*

(S. 71, 131) für die Beibehaltung des Ausdrucks im Bürgerlichen Recht: Ein Missverständnis erscheine um so eher ausgeschlossen, als *transmissio* nur die Uebertragung eines Rechts auf einen anderen bedeutet. Dass Vererbung eine besondere Form der Uebertragung sei, wird Niemand bezweifeln, auch nicht, dass es ebenso deutlich ist, von einer deferierten und transmittierten Erbschaft (bezw. von Transmittent und Transmissar) wie von einer ersten und zweiten Erbschaft (bezw. von Erben und Erbeserben) zu sprechen. Da unser Recht eine Delation überhaupt nicht kennt, scheint thatsächlich kein Anlass zu irrtümlicher Begriffsbildung gegeben.

[1]) Witte S. 860, Huschke a. a. O. S. 85, 86, Puchta S. 430.

[2]) Oben bezeichnet als *transmissio Justinianea.*

rantes posse et in suam posteritatem transmittere — eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, diximus esse protelandam; — eine Deliberationsfrist zur Erhaltung des Transmissionsrechts wird also erst durch Justinian gegeben; zur Zeit des Paulus hätte demnach ein Erbe seinem Erbeserben nicht das Abstentionsrecht erhalten können! Hierin findet Mühlenbruch[1]) mit Recht eine grosse Unbilligkeit, da somit der Erbe „zu der Alternative genötigt war, durch übereilte Annahme oder Ablehnung eines Erbrechts sich oder seine Nachfolger entweder mit einer insolventen Erbschaft zu belasten oder um einen Vorteil zu bringen." Was also für den Fall billig erscheint, dass der Erbe sich nicht erklären konnte, gilt in gleicher Weise, wenn ihm (vor seinem Tode) nur eine kurze Zeit zur Ueberlegung blieb; die Gläubiger sorgten für die baldige Beseitigung der Ungewissheit, ob der *suus* von seinem *ius abst.* Gebrauch machen wolle.

„Nun kann man", wenden die Gegner ein, „die Stelle (l. 7 § 1 D. 29, 2) unmöglich extensiv interpretieren, da es sich um eine exorbitante Erscheinung handelt"; für *extranei* zum mindesten gilt die Transmission nicht. Wir haben es nach Huschke[2]) bei der *abstentio* mit „einer Fiction einer *capitis deminutio*" zu thun, d. h. der *suus* wird dem *emancipatus* gleichgestellt, der die Erbschaft immer noch durch Antretung erwerben kann.

[1]) S. 347.
[2]) A. a. O. S. 84.

Daher ist ihm erlaubt, die Abdication zu widerrufen, während dieses dem Repudianten oder gegen Antretung der Erbschaft Restituierten nicht gestattet ist.

Diese Fiction kann man sehr gut entbehren. Der Widerruf der *abdicatio* erklärt sich, wie unten zu zeigen ist, aus dem Fortbestand der Erbenqualität nach strengem Recht, die Uebertragung des *ius abst.* durch Vergleich mit der *in integrum restitutio.* Sicher ist das *ius abst.* ein *beneficium* und als solches im Zweifel vererblich,[1]) wie dieses z. B. für das S. C. Macedonianum[2]) und das S. C. Vellejanum,[3]) aber auch für die weitergehende i. i. r.[4]) ausdrücklich bestimmt ist.

Halten wir nun daran fest, dass wir das *ius abst.* als ein Analogon[5]) zur i. i. r. betrachten dürfen, ausser „dass es einer Nachsuchung und Erteilung nicht bedarf und überhaupt von den besonderen Erfordernissen der i. i. r. unabhängig ist",[6]) so trifft auch Vangerows[7]) Argumentation zu, dass die Ausdehnung der l. 7 § 1 D. 29,2 nichts exorbitantes in sich berge. „Denn", so sagt er, „das Gesetz, welches eine Rechtswohlthat einführt, ist allerdings singulär (und darum darf z. B. keine analoge Anwendung desselben statuiert werden),

---

[1]) Vering S. 481.

[2]) l. 7 § 10 D. 14, 6.

[3]) l. 20 C. 4, 29.

[4]) l. 6 D. 4, 1: *omnium, qui ipsi potuerunt in integrum restitui, successores in integrum restitui possunt; ita et saepissime est constitutum.* — Burchardi S. 408.

[5]) Holzschuher S. 424.

[6]) Mühlenbruch S. 345.

[7]) A. a. O. S. 169 A. 14.

die B e f u g n i s aber, welche auf ordnungsmässige Weise infolge dieses Gesetzes entstanden ist (indem die faktischen Voraussetzungen dieser Norm in einem einzelnen Fall zur Verwirklichung gekommen sind), hat gar nichts Singuläres; es ist daher auch an sich kein Grund vorhanden, dieselbe in Beziehung auf die Vererblichkeit von den allgemeinen Prinzipien ausnehmen zu wollen.

„Ein Grund" kann ausser durch allgemeine Erwägung durch spezielle Bestimmung gegeben sein; auch in dieser Beziehung ist eher das Gegenteil der Fall. Mühlenbruch[1]) macht mit Recht darauf aufmerksam, dass der Ton bei l. 7 § 1 29,2 auf dem Schlusssatz liegt: *quia et patri eius tribueretur.* Lediglich also, weil der Erblasser das Recht sich zu abstinieren hatte, soll es auch seinem Erben zustehen; dass Jener es nicht ausüben konnte oder dass dieser sein *suus* sein musste, ist durch diese Worte sicher nicht gesagt.

Noch ein Einwand bedarf der Zurückweisung; da die Rede sei von dem Abstinieren im Namen eines *suus,* werde in der Person desjenigen, auf den das Recht übergehe ebenfalls die Eigenschaft eines *suus* vorausgesetzt. Nun ist aber der Erbeserbe niemals *suus* des Testators; denn dadurch, dass er *suus heres* des Erben ist, tritt er nicht in ein Suitätsverhältnis zum Grossvater.[2])

Wenn Faber[3]) ausserdem einwirft, der *extraneus*

[1]) S. 346; ebenso Vangerow a. a. O. S. 162.
[2]) Mühlenbruch S. 351.
[3]) *error pragm. et interpr.* S. 638 No. 8.

habe es sich selbst zu imputieren, wenn er sich immisciere, so ist ihm zu erwidern, dass derselbe Vorwurf für den *suus* zutrifft, der nicht von seinem *ius abst.* Gebrauch macht.

Unter dem Eindruck aller dieser Argumente wird man Mühlenbruch[1]) auch darin beistimmen können, dass sich „*posteritas*", auf welche nach l. 19 C. 6, 30 der *filius familias* transmittiert, ungefähr mit „Nachkommen" wiedergeben lässt, um so den letzten Stein des Anstosses aus dem Wege zu schaffen.

Denn in l. 7 § 1 D. h. t. einigen Sinn zu bringen, dürfte jetzt nicht mehr schwer fallen. Zwar mit Steppes anzunehmen, man könne ein Recht, das man nicht erworben hätte, nicht transmittieren, wäre unsinnig; auch der *extraneus* weiss im gleichen Fall nichts vom Erwerbe seines Delationsrechts und transmittiert es doch, wie nicht bezweifelt wird.[2])

Dagegen leuchtet Mühlenbruchs[3]) Vermutung ein, Paulus habe ein schlagendes Schulbeispiel geben wollen, um den Unterschied von l. 7 § 2 D. h. t.[4]) zu illustrieren, wodurch gemeiniglich die Trennung beider Erbschaften untersagt wird: Ein Erblasser, der ohne Kenntnis vom Erwerb stirbt, also sicher das Aus-

---

[1]) S. 352, 353.

[2]) Vangerow S. 161.

[3]) S. 354, 355.

[4]) *In omni successione, qui ei heres extitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omnittere hereditatem.*

schlagungsrecht nicht verloren, ein *suus heres*, der ebenso sicher die Erbschaft erworben hat.

Mögen diese Gründe für sie bestimmend gewesen sein oder Rechtsübung: die neueren Kommentatoren — mit obigen Ausnahmen[1]) — haben durchgängig die unbedingte Transmission für zulässig erklärt.[2])

Unter diesen Umständen konnten die Motive[3]) zum B. G. B. sagen: „die im gemeinen Recht anerkannte Transmission, die als Ausnahme hingestellt ist, geht so weit, dass für die Regel nicht viel über bleibt.“[4])

Durch Aufnahme des *ipso iure* Erwerbs wurde einerseits eine Regelung der Transmission überflüssig,[5]) andererseits der gleiche praktische Effekt herbeigeführt: B. G. B. § 1952 Abs. 1 erklärt das Ausschlagungsrecht für vererblich.[6])

---

[1]) Huschke, Puchta.

[2]) Sintenis S. 646, Mühlenbruch S. 345/55, Holzschuher S. 924, Schweppe S. 857 A. 7, Köppen S. 201, Windscheid S. 412, Dernburg S. 324 A. 5, Brinz S. 182 A. 4 — cf. Erk. L. G. Wolfenbüttel v. 23. II. 1836, Arndts S. 846, Meyer S. 72 Anm. 15.

[3]) S. 487.

[4]) Bähr, a. a. O. S. 147, wollte diesen Zustand im Ganzen aufrecht erhalten wissen, nur mit dem neuen Gesichtspunkt, dass der Erblasser die Transmission ausschliessen könne.

[5]) Stirbt der Vorerbe des Nacherben, so kommt es nur dann zur Transmission (und zwar an die Erben des Vorerben), wenn ein Zeitpunkt für die Nacherbfolge festgesetzt war. Arg. §§ 2105, 2106; Binder S. 139, 140.

[6]) Die Transmission des B. G. B. vollzieht sich also wie beim *suus heres* in der Weise, dass der Erbe sowohl die transmittierte — wenn auch zunächst nur provisorisch erworbene — Erbschaft selbst wie das Recht der Ausschlagung erwirbt. Binder S. 71, Meyer S. 78.

Einen Anklang an die Auffassung, dass nur bei Unkenntnis des Erben vom Erwerb seinem Erben das *ius abst.* transmittiert werde, finden wir in der unten zu besprechenden Behauptung Plancks,[1]) dass § 1952 Abs. 2 nur dann zur Anwendung komme, wenn der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt und daher die Ausschlagungsfrist begonnen habe Ist dieses nicht der Fall, so gelten für die Ausschlagung der ersten Erbschaft keine anderen Grundsätze wie für die der zweiten; worin häufig ein grosser Vorteil liegt.

Grundsätzlich kommt es auf die Kenntnis des Erben vom Erwerb der Erbschaft nicht an; sofern er das Ausschlagungsrecht nicht verloren hatte, geht es auf seine Erben über.

Interessant, und nur durch praktische Bedürfnisse gerechtfertigt, ist die Teilbarkeit des vererbten Ausschlagungsrecht, d. h. wenn der Ausschlagende mehrere Erben hinterlässt, kann jeder den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft ausschlagen.[2])

Obgleich die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechtes den Erbeserben im Ganzen in die Lage seines Erblassers versetzt, kann er mit der ersten Erbschaft nicht beliebig verfahren. Er kann sie mit der zweiten annehmen oder sie alleine ausschlagen, aber nicht getrennt

---

[1]) A. 2 ad § 1952.
[2]) B. G. B. § 1952 Abs. 3.

behalten. Sie „fiel ihm nur durch die zweite Erbschaft zu“[1]) und gilt insofern als ein Teil derselben.[2]) So entscheiden die Motive,[3]) so entscheidet die Litteratur;[4]) einer possitiven Regelung bedurfte es nicht.

---

[1]) Endemann S. 350.

[2]) Wer also über diesen Teil (die erste Erbschaft) irgend eine Verfügung, auch durch Ausschlagung, trifft, muss sich behandeln lassen, als ob er die zweite Erbschaft angenommen hätte. Binder S. 71, Wilke Anm. 3 ad § 1943.

[3]) S. 502.

[4]) Staudinger A. 1 ad § 1952, Kuhlenbeck A. 2 ad § 1952, Wilke Anm. 3 ad § 1950, Borcherdt S. 101.

§ 3.

Der Verlust des Ausschlagungsrechtes.

Es ist natürlich, dass es dem *suus*, der sich nicht ausdrücklich abstiniert, verboten ist, beliebig mit der Erbschaft zu verfahren, um sich dann später von ihr zurückzuziehen; thut er es doch, so soll er eben als auf das Abstentionsrecht verzichtend angesehen werden.[1]) Der Verlust des Abstentionsrechtes tritt aber doch weder als Strafe für die Einmischung ein, noch erscheint letztere lediglich als negative Voraussetzung der Abstinenz. Sie ist vielmehr ein Rechtsgeschäft und in ihren Wirkungen von den allgemeinen Voraussetzungen eines solchen abhängig[2]) An dieser Rechtsnatur ist auch durch das gleichartige Institut im B. G. B. nichts geändert, was daraus hervorgeht, dass es stillschweigend unter dem Begriff der Annahme[3]) gebracht wird.[4]) Man

[1]) § 5 J. 2, 19 . . . . *si is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet.*

[2]) Köppen S. 197, Binder S. 76, 77.

[3]) Daher kann auch ein Generalbevollmächtigter durch schlüssige Handlungen für den Machtgeber annehmen. Borchardt S. 111.

[4]) Motive S. 495 ff.; Prot. S. 620, 660; Binder S. 104 Anm. 16. Vergl. auch weiter unten die Ausführungen über Annahme durch Fristversäumung.

kann dabei nicht wie beim *extraneus* von einer „*pro herede gestio*" sprechen,[1]) denn der *suus* „ist" Erbe, so wenig wie er durch Geltendmachung des Abstentionsrechts die Erbschaft „repudiirt", sondern man betrachtet seine (unerlaubte) Thätigkeit ausschliesslich als „[illegible]".[2]) Welcher Art letzterer sein muss, ist nicht leicht zu entscheiden, noch weniger leicht, zu definieren.

Mühlenbruch[3]) trifft ziemlich das Richtige, wenn er sagt: „Sich in die Erbschaft einmischen heisst solche Handlungen vornehmen, welche auf die Absicht, die Erbschaft behalten oder annehmen zu wollen, einen Schluss zulassen."

Insoweit wird das objektive Moment („die Art und Beschaffenheit der Behandlung") berücksichtigt, als ein Urteil gebildet wird über das, was sich aus dem äusseren Thatbestand, der erweitert aufgefassten Erklärung des Delaten „nach Lebensregel" ergiebt. Das subjektive Moment, die Aeusserung des Gemütszustandes des Delaten dahin, dass er Erbe sein wolle,[4]) kommt also scheinbar nur insofern in Betracht, als das objektive

---

[1]) Die Quellen gebrauchen die Bezeichnung *promiscue*; l. 87 D. 29,2: *cum bonis patris se miscere convenit — pro herede gerere videtur.*

[2]) Da dieselben Voraussetzungen für das Bürgerliche Recht zutreffen, verwirft Binder (S. 104) die Bezeichnung der Annahme durch schlüssige Handlungen als *„negotiorum gestio"*. Dagegen zieht er mit Recht einen Vergleich mit der *immixtio* des *suus heres* und hat demgemäss gegen diesen Ausdruck nichts einzuwenden.

[3]) S. 327, 329.

[4]) Quassowski S. 12, 27, 28.

Urteil darauf basiert. In Wirklichkeit aber wird dieser *animus* an erster Stelle, soweit nur irgend möglich, durch Zulassung einer Protestation (wie unten zu zeigen ist) berücksichtigt; derselbe *animus heredis*, von dem schon die Quellen sprechen.[1])

Am bequemsten dürfte sich das Kriterium gestalten, wenn der *suus*[2]) Erbschaftsstücke bei Seite bringt; das ist ein typischer Fall von *immixtio*. Ob die Handlung durch ihn selbst oder eine Mittelsperson vorgenommen wird, ist natürlich belanglos, auch auf die Form kommt es nicht an (l. 71 § 5 *cod.*), doch muss der *suus* wirklich bösgläubig sein; Irrtum[3]) ist ihm unschädlich. Die Quellen[4]) sprechen mit Recht von einer „*amotio*" wenn die Aneignung vor der Abstention geschieht. Denn so lange ist der *suus* zweifellos Eigentümer, wie er selbst bei Lebzeiten des Vaters diesem gegenüber kein „*furtum*" begehen kann.[5])

Die [illegible] sich bringen. Selbst wenn diese nicht unentgeltlich

[1]) l. 20 pr. D. 29,2: *Pro herede gerere non tam esse facti quam animi.* — Es ist dieser zugleich die von Quassowski (S. 9, aufgestellte Gruppe 3, welcher er die Fälle l. 20 pr. § 1, l. 20 § 1, l. 20 § 2 zuzählt. — Wilke (Anm. 2 zu § 1933) nennt für das B. G. B.: Besorgung des Begräbnisses, Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten u. s. w.

[2]) Zwischen dem *impubes* und *pubes* wird dabei nicht unterschieden.

[3]) l. 71 § 5 [illegible]

[4]) l. 71 § 3 5 *cod.*

[5]) l. 16 D. 47,12.

geschah, vermutete man darin die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen. Deshalb bezeichnet l. 91 D. 29,2 es geradezu als *immixtio „si is, qui bonis paternis se abstinuit, per suppositam personam emtoris bona patris mercatus probatur.“*

Manche Schriftsteller beziehen diese Stelle nur auf den Fall, dass das Geld noch nicht bezahlt sei. Sie stellen demnach den *suus* einem Schuldner gleich, dem vom Gläubiger der Verkauf des Pfandobjekts gestattet ist, der aber, um es lastenfrei zu besitzen, nur einen Scheinverkauf bewerkstelligt.[1]) Dagegen wendet Mühlenbruch[2]) ein, dass der *suus* stets wirklich kaufe: „hier falle nicht wie beim fingierten Pfandverkauf Käufer und Verkäufer in einer Person zusammen.“ Ebenso bekämpft er die Ansicht, zwischem dem Verkaufe des ganzen Vermögens und einzelner Stücke sei ein Unterschied zu machen. Richtig ist, dass eine solche Bestimmung völlig inkonsequent wäre und dass die *ratio* der maassgebenden l. 91 D. 29,2 sich lediglich gegen einen *suus* wendet, der auf verstecktem Wege und *mala fide* „sich etwas zu verschaffen sucht, was er auf offenem ehrlichem Wege sehr gut hätte behalten können.“ Wie weit dieser Satz bis in die neueste Zeit Geltung hat, ist bestritten. Sintenis[3]) meint, es solle dem Erben nicht gestattet sein, „sich um Schwierigkeiten zu drücken.“ Andererseits verschliesst er sich nicht der

[1]) l. 8 § 7 D. 20,6.
[2]) S. 340.
[3]) S. 645 A. 14.

Erkenntnis, dass im heutigen öffentlichen Konkursverfahren, unter Mitwirkung des Gerichts, Durchstechereien nicht leicht würden vorkommen können, und deshalb die Gläubiger keines besonderen Schutzes bedürften. Schlössen sie aber freiwillig ein Privatabkommen mit dem Erben, so liege ein ganz neues Rechtsverhältnis vor. Man wird aber trotzdem wohl daran festhalten müssen, dass beim Kaufen in der Auktion die alten Vorschriften anzuwenden seien; *cessante ratione legis non cessat lex ipsa.*

Schon oben war bemerkt, dass der Testator durch Einsetzung unter einer Potestativbedingung den *suus* zum *heres voluntarius* machen könne. Das ist m. E. so zu verstehen: die Qualität eines *suus* kann der Erblasser so wenig beseitigen wie der *suus* durch Erfüllung der Bedingung.[1]) Dagegen schliesst der Erblasser durch seine Anordnung die Gewährung der prätorischen Rechtswohlthaten aus, wodurch im Ergebnis allerdings eine Gleichstellung mit dem *extraneus s. voluntarius heres* erzielt wird. Denn der *suus* erwirbt nunmehr weder *ipso iure* noch kann er von der Abstention Gebrauch machen,[2]) logischer Weise sie auch nicht widerrufen, und dadurch die Erbschaft zum zweiten Male erwerben. Erfüllt er also die Bedingung, so wird er unwiderruf-

---

[1]) A. M. Windscheid Anm. 3 ad S. 410.

[2]) *cum ea conditione instituti (si voluerint heredes esse) jam non ut neccessarii sed sua sponte heredes extiterunt — ius abstinendi assequi non debent* (l. 86 § 1 D. 28,5).

lich Erbe; hat aber nicht, wie ein *suus* nach prätorischem Recht, jetzt erst durch Immixtion sein Abstentionsrecht verloren.

Soll nun ein *suus*, der sieht wie die Erbschaft, die er nicht behalten will, verwahrlost, sich ihrer nicht inzwischen annehmen können?[1]) Es entspricht nur einer Forderung der Billigkeit, dass er nicht schlechter gestellt wird, wie ein unbeteiligter Dritter, der *negotiorum gestor*.[2]) Um aber der Gefahr aus dem Wege zu gehen, als immiscierend betrachtet zu werden, kann er sich durch *protestatio* dagegen verwahren. Diese Erklärung bewirkt indessen nicht ohne Weiteres das gewünschte Resultat; wird sie Handlungen,[3]) die mit der Absicht Erbe zu werden unverträglich sind, beigefügt, so ist sie als *protestatio facto contraria* unwirksam.

Handlungen, welche ausschliesslich von der Pietät gegen den Verstorbenen zeugen, sollen nach dem Willen des Gesetzgebers ebenso aufgefasst werden, d. h. weder

---

[1]) Z. B. die Interventionsklage erheben (§ 771 C. P. O.), wenn ein persönlicher Gläubiger des Erben vor der Annahme den Nachlass angreift. Borchardt S. 260.

[2]) l. 20 § 1 D. h. t.

[3]) Als Beispiel giebt Mühlenbruch, S. 327, 328, an: Provocation der Teilung, Anstellung der *hereditatis petitio*, Verfügung über Erbschaftssachen (l. 86 § 2, l. 87 pr., l. 20 § 1 D. 29,2).— Solche Handlungen stellt Quassowski (S. 8) in die Gruppe 1; bei ihnen wird der Antritt absolut bejaht. — Für das Bürgerliche Recht kommen entsprechend in Betracht, z. B. Erbittung eines Erbscheins, Anfechtung des Testaments seitens des gesetzlichen Erben, Erhebung der Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit. (Borchardt S. 111), Ausschlagung der transmittierten Erbschaft (Wilke Anm. 3 § 1943, Binder S. 71).

als *immixtio* noch als *negotiorum gestio.*[1]) Darunter fällt insbesondere die Bestattung des eigenen Erblassers,[2]) sogar einer fremden Person, im Erbbegräbnis, wie Papinian gegen Julian entscheidet.[3])

Ferner sind nicht als Immixtion anzusehen Handlungen, die jedem *extraneus* zustehen, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt. Wenn z. B. einem Sklaven zur Erlangung der Freiheit durch Testament auferlegt ist, dem *suus* als solchen, nicht gerade dem Erben, eine Geldsumme zu zahlen, so ist deren Empfangnahme dem *suus* unschädlich;[4]) oder wenn dem *suus* als solchen vom *libertus operae* geschuldet werden und deren Ausführung vom *suus* verlangt wird.[5])

Wenn der *suus* zur Antretung gezwungen wird, um die Erbschaft *ex* S. C. Trebelliano zu restituieren,[6]) immisciert er sich zwar, aus Billigkeitsrücksichten wird aber die *immixtio* als nicht geschehen angesehen.[7])

Ein Protest gegen die *pro herede gestio* kann auch für das B. G. B. unter denselben Voraussetzungen wie im gemeinen Recht zugelassen werden, in der Art,

---

[1]) Diese Handlungen, bei denen der Antritt absolut verneint wird, weil sie garnicht in das Fach des Erben fallen, behandelt Quassowski in Gruppe 2.

[2]) l. 14 § 8 D. 11,7.

[3]) l. 20 § 3 D. h. t.

[4]) l. 20 § 2 D. h. t.

[5]) l. 4, l. 29 D. 38,1.

[6]) l. 6 § 2, l. 27 § 3, l. 28 pr., D. 36,1.

[7]) l. 5 § 2 D. 14,5.

dass sich der Handelnde das Ausschlagungsrecht ausdrücklich vorbehält.[1])

Im geltenden Recht geht die Befugnis auszuschlagen, auf durchaus analoge Weise durch ausdrückliche oder stillschweigende Annahme verloren. Neu ist natürlich der Verlust infolge Versäumnis der gesetzlichen Ausschlagungsfrist, der aber nicht „gewissermassen als Strafe" für den Säumigen eintritt.[2])

Welcher Charakter aber der Fristversäumung[3]) beiwohnt, ist keineswegs einheitlich von der Litteratur entschieden. Die Annahme ist nämlich nur scheinbar einfach „die negative Voraussetzung der Ausschlagung." Sie ist in Wirklichkeit eine auf eine rechtliche Wirkung gerichtete Handlung (Binder S. 71, vergl. auch Kern S. 14), jede rechtsgeschäftliche Bestätigung des gesetzlichen Anfalls durch Aufhebung des Ausschlagungsrechtes (Endemann S. 344). Da auch die Wirkungen der Willensmängel dieselben sind wie bei einem Rechtsgeschäft im Allgemeinen, ist die Ausschlagung geradezu ein Rechtsgeschäft, und zwar ein einseitig-formloses Rechtsgeschäft (Motive S. 494). Diese Argumente treffen

---

[1]) Müller und Meikel S. 444.

[2]) Mot. S. 495.

[3]) Die Annahme**erklärung** ist eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des B. G. B.; aber sie muss in bestimmter Weise erklärt werden, um wirksam zu werden, in einer für die Aussenwelt wahrnehmbaren Art hervorgetreten sein (Wilke Anm. 2 ad § 1943), wenn auch das B. G. B. das empfangsberechtigte Individuum nicht nennt (Binder S. 102).

bei der Annahme durch Fristversäumung nicht ohne Weiteres zu.

Erstens beruht die Berücksichtigung von Willensmängeln und die infolgedessen gegebene Anfechtung nur auf Billigkeitsgründen (siehe unten), und zweitens kann die Frist möglicherweise ohne Wissen und Willen des Berechtigten ablaufen. Der nackte Ablauf der Frist hat aber nicht die Wirkung, dass die Unterlassung der Ausschlagung als positive Annahme gewertet wird. Es liegt auch bei der Annahme durch Fristversäumung dieselbe Voraussetzung vor wie bei der positiven Annahme; dieselbe Wirkung statuiert § 1943; folglich ist auch die Erscheinung selbst in gleicher Weise zu charakterisieren. [1])

Ferner, wenn die Kenntnis des Vertreters für den Fristbeginn massgebend (Wilke Anm. 5 ad § 1943) und demnach § 166 analog anzuwenden ist (ob dies allerdings notwendig, bedarf erst des Beweises), so fällt die Fristversäumung unter den der negativen — durch Fristversäumung — und positiven Annahme — durch Willenserklärung — gemeinsamen Oberbegriff „Rechtsgeschäft“ (Binder S. 78, 79).

Auch die §§ 203, 206 lassen sich nicht zur Begründung der gegenteiligen Ansicht verwerten. Ist schon der Charakter der Verjährungsfrist ein anderer wie der der Ausschlagungsfrist, so kann man noch weniger daraus schliessen, dass bei nachträglicher Be-

[1]) So etwa ist wohl Endemann (S. 343 Anm. 2) zu verstehen.

stellung eines gesetzlichen Vertreters die Frist ohne Rücksicht auf dessen Kenntnis abläuft. Denn dieses ist nicht der Fall, wenn von Anfang an ein gesetzlicher Vertreter vorhanden war, auch schreibt § 1944 Abs. 2 nur analoge Anwendung des § 206 vor und schliesslich ist das objektive Hindernis, dass zur Hemmung des Fristenlaufes führt, eben die Nichtkenntnis des Vertreters.

Soweit sind wir Binders (S. 81) Ausführungen gefolgt. Dieselben werden nur dadurch in ihrer Bedeutung herabgesetzt, dass die Entscheidung einer Streitfrage eine andere beweisen und erklären soll. Dieselben Ausführungen kehren nämlich wieder, sobald Binder behauptet, dass der Transmissar stets von dem Anfall der transmittierten Erbschaft Kenntnis erhalten haben müsse [1]) und diese Behauptung wird nunmehr zu Gunsten obiger Controverse benutzt, um die §§ 1944, 1952 auszuschalten. — Anderweitige Vorschriften, welche mit Binders Auffassung im Widerspruch stünden, giebt das Gesetz nicht (Binder S. 85), wohl aber der Wille des Gesetzgebers bezw. die Entwicklung des § 1956. Der Entwurf I lässt in seinem § 2041 keine Anfechtung wegen Fristversäumung zu (vergl. Motive S. 512), erst die zweite Kommission führte sie aus Billigkeitsgründen ein, obgleich streng juristisch eine Anfechtung nur gegen Rechtsgeschäfte stattfinden könne. Dadurch nun,

[1]) Binder S. 83, 84; Wilke z. B. verneint diese Frage und bejaht doch die rechtsgeschäftliche Natur der Ausschlagung durch Fristversäumung.

dass die beiden Arten der Annahme hinsichtlich der Anfechtung (und noch dazu in einem besonderen Paragraphen) gleichgestellt werden, ist noch nicht zu folgern, dass sie auch unter einander gleichartig seien (vergl. oben Endemann S. 343 Anm. 2) wie es z. B. Binder und Wilke[1]) thun.

Im Uebrigen ist es ziemlich gleichgültig, welcher Auffassung man sich anschliessen will. Praktisch kann die Frage eigentlich nur werden, wenn man untersucht, ob eine Anfechtung der sogenannten negativen Annahme im Konkurse statthaft ist. Hier wird nämlich das Vorhandensein einer Rechtshandlung gefordert (Kern S. 13), an deren Stelle zunächst nur eine unterlassene Erklärung tritt. Da aber die Fristversäumung hinsichtlich der Anfechtung einer positiven Handlung gleichgestellt ist, wird man auch eine Anfechtung der Annahme durch Fristversäumnis unbedenklich zulassen. Festzuhalten ist indessen, dass das Gesetz ein absichtliches Unterlassen immer nur „fingiert" (Kern S. 15).

Unter der oben erwähnten stillschweigenden Annahme (ein Ausdruck welcher sich übrigens im Entwurf II nicht mehr findet) ist die Annahme durch concludente Handlungen zu verstehen, die *pro herede gestio*, zu welcher wir zurückgekehrt sind, ohne eine brauchbare Definition gefunden zu haben.

---

[1]) Anm. 5 ad § 1943; vielleicht auch Borcherdt S. 113, der von einem „Geschäftswillen" des Erben redet, welcher in dessen unthätigem Verhalten während der Ausschlagungsfrist zum Ausdruck kommt. A. M. Neumann S. 1096.

Mommsen[1]) schlug eine Regelung nach allgemeinen Gesichtspunkten vor, die Motive[2]) lehnen auch dieses ab. Handlungen, welche zur Sicherung des Nachlasses oder zur Erhaltung desselben in seinem wirthschaftlichen Bestande dienen, von der *pro herede gestio* auszuschliessen, scheint ihnen nicht sowohl überflüssig als bedenklich. Es soll nämlich nicht auf den objektiven Charakter der bezeichneten Handlungen hingewiesen, sondern auch der Wille des Erben berücksichtigt werden — kurz eine directe Uebernahme von l. 20 pr. D. 29,2.

Mit diesen Ausführungen setzt sich Binder (S. 105, 106) in Widerspruch. Er behauptet, dass die *gestio* von der Voraussetzung ausgehe, dass der Handelnde noch nicht Erbe sei, die *immixtio*, dass er bereits Erbe sei. Wenn er daraus (s. oben) die Folgerung zieht, dass man die Bezeichnung nicht *promiscue* gebrauchen dürfe, findet er auch bei älteren Schriftstellern Unterstützung; in der weiteren Folgerung, dass *pro herede gestio* und *immixtio* sich begrifflich unterschieden, steht er vereinzelt da. — Es ist richtig, dass der *suus* auf Grund des *ipso iure* Erwerbs manche Handlungen — immer als *negotiorum gestor* — vornehmen darf, die sich beim *extraneus*, wenn er sie vornimmt, zwar ebenfalls als *negotiorum gestio* darstellen, deren Vornahme ihm aber vom Erbschaftsbesitzer unter Umständen ver

[1]) S. 287.
[2]) S. 497.

sagt werden kann, weil ihm die Legitimation dazu fehlt und er sich erst in ein neues ihn dazu befähigendes Verhältnis zur Erbschaft setzen müsste. Darin läge dann eine Annahmehandlung, gegen die eine *protestatio* unwirksam bleiben müsse, während der *suus* sich zurückziehen könne, solange er nicht Handlungen vorgenommen habe, welche die Möglichkeit des Handelns für andere ausschlössen, z. B. Derelictionen oder solche Verwaltungshandlungen, die nur auf der persönlichen Neigung des Erben beruhten!

Diese an sich logische Lehre, welche Binder scheinbar in gleicher Weise für das römische Recht und B. G. B. angewendet wissen will, erhält in zwei Richtungen einen empfindlichen Stoss: Einmal durch die praktische Erwägung, dass dadurch der endgültige Erbe zu sehr gefährdet würde, indem der Anspruch aus der *negotiorum gestio* sich häufig garnicht wird realisieren lassen und es darum besser ist, den eigenmächtig und vorschnell handelnden Erben zum Behalten der Erbschaft zu zwingen. Zweitens ist, speciell im B. G. B., der provisorische Charakter des Erbschaftserwerbs viel zu stark betont, als dass man aus ihm weitgehende Befugnisse für den vorläufigen Erben ableiten könnte. Das Resultat ist also: *immixtio* und *pro herede gestio* des römischen Rechts sind begrifflich dasselbe, auch im B. G. B. haben wir es mit dem gleichen Rechtsinstitut zu thun.[1])

[1]) Windscheid S. 411 Anm. 16, Borcherdt S. 111, Endemann Anm. 22 ad S. 347, auch Anm. 24 ad S. 348.

Hinsichtlich der Verteilung der Beweislast wurde bisweilen darüber gestritten, wer die Immixtion bezw. die Annahme zu beweisen hätte. Dabei ist aber durchaus nach allgemeinen Grundsätzen zu verfahren.[1])

Behauptet also der *suus* — und so lautet meistens die Fragestellung — er habe abstiniert, so muss er natürlich beweisen,[2]) (er nimmt auf ein in der Vergangenheit liegendes Faktum Bezug). Umgekehrt liegt die Sache, wenn der *suus* bei Inanspruchnahme durch den Gläubiger erklärt, er wolle von seinem Abstentionsrecht Gebrauch machen[3]) und könne es, da der Nachlass unberührt sei. Allerdings ist die Erbenqualität des *suus* bei Gericht offenkundig, ebenso aber, dass ihm das *ius abstinendi* weder an Zeit noch an Form gebunden zusteht. Ein Verstoss gegen dieses Recht wird nicht vermutet, beweisen muss ihn also, wer sich darauf beruft.[4]) Liegen dagegen Erbschaftshandlungen vor, die als *immixtio* zu deuten sind, so hat der *suus* ihren unverdächtigen Charakter darzuthun. Aus dem

---

[1]) Witte S. 859. Stets für beweispflichtig erklärt den *suus* insbesondere die ältere Jurisprudenz (Avenarius *lib.* 1 c. 9, n. 4, 5, 42, 46), Cocceji, *de successione nepotum, sect.* 3 § 4; Pufendorf, *observ. iur. civ.* T. 3 *obs.* 8; A. M. Böhmer, *elect. iur. civ.* T. 1 *exerc.* 4 § 25).

[2]) Mühlenbruch S. 393, Sintenis S. 645 A. 10.

[3]) Der *suus* muss sich aber auf eine frühere Erklärung, nicht auf eine erst im Prozess abgegebene berufen, auch darf sich dieselbe nicht als „vage Behauptung" der Abstinenz darstellen. Strippelmann S. 389.

[4]) Windscheid S. 413 Anm. 16.

Faktum des Besitzes[1]) kann man gar nichts schliessen; entweder hat ihn der Erbe sich angeeignet — dann liegt bewiesene Immixtion vor[2]) — oder der Erbe befindet sich schon vor dem Erbfall im Besitz;[3]) dann wird wiederum die Einmischung nicht vermutet, sondern muss bewiesen werden.[4])

Interessant für das geltende Recht ist, dass Mühlenbruch fortfährt: auch wenn der Besitz kraft gesetzlicher Vorschrift auf den Erben überginge, „würde er nur als juristische Wirkung des *ipso iure* Erwerbs zu betrachten sein.“ Durch B. G. B. § 857 wird also für obigen Fall an der Beweislast nichts geändert. Wer den Erben auf Grund der Annahme in Anspruch nehmen will, hat dieselbe zu beweisen bezw. den Beginn der Ausschlagungsfrist.[5]) Dazu gehört der Nachweis, dass der Erbe vom Anfall und Grund der Berufung wirklich Kenntnis hatte, nicht diese blos kennen musste. Da der ungestörte Ablauf der Frist vermutet wird,[6]) hat der Erbe seinerseits die Hemmung zu beweisen, so dass insofern der Gläubiger nicht ungünstig dasteht.[7])

---

[1]) Mühlenbruch S. 392/95, v. Wening-Ingenheim S. 393, Schweppe S. 875 A. 7, Köppen S. 198 A. 5, Puchta S. 430.

[2]) Sintenis S. 645 A. 10. Oder der *suus* muss beweisen, weshalb er den Besitz fortsetzt. Strippelmann S. 389.

[3]) Wie er dem *liberi sui* schon durch die Hausgemeinschaft gewährt wurde. Binder Anm. 35 ad S. 46.

[4]) Mühlenbruch S. 396, Holzschuher S. 920.

[5]) Prot. S. 620.

[6]) Neumann S. 1088.

[7]) Prot. S. 623. Andererseits muss bei Streit über die Länge der Frist der Gläubiger beweisen, dass der Erblasser seinen

Ist der Fiscus gesetzlicher Erbe, so trifft, wenn er selbst ein Recht geltend macht, ihn die Beweislast, andernfalls den Gegner.[1]) Die Beweisantretung erfolgt durch Bezugnahme auf die Akten des Nachlassgerichts[2]) bezw. Vorlegung einer Ausfertigung des Erbscheins.[3])

Es entspricht nicht den Interessen der Gläubiger, dass ein *suus* nach erfolgter Immixtion das Ausschlagungsrecht wiedererlangt;[4]) auf Billigkeitsrücksichten können nur Minderjährige Anspruch erheben. Der *impubes* wird nicht einmal nach strengem Recht verpflichtet, er kann ohne Zeitbeschränkung immer abstinieren.[5]) — Ist aber eine *in integrum restitutio* erforderlich, *si pupillus auctore tutore immiscuerat?* Man wendet ein, dass die obigen Quellenstellen keinen Unterschied zwischen einem *pupillus* mit oder ohne *tutor* machten, der *tutor* aber im Allgemeinen den Pupillen um keine Rechtswohlthat, als welche auch die formlose Abstinenz gelte, zu bringen vermöchte.[6]) — Darauf ist zu erwidern,[7]) dass alle Handlungen des *tutors* unter Vorbehalt der i. i. *restitutio* gelten; ferner steht die *immixtio*

letzten Wohnsitz im Inland gehabt und dass der Erbe beim Beginn der Frist sich im Inland aufgehalten habe. Wilke Anm. 3 ad § 1942.

[1]) Planck, ad § 1966.

[2]) F. G. § 78, C. P. O. § 432.

[3]) F. G. § 85.

[4]) l. 22 § 1 C. 6,30; *Vel sese immiscuerit, ut non postea eam (hereditatem) repudiet.* — *arg. contr.* l. 57 D. 29,2.

[5]) l. 11, l. 57 pr., l. 57 § 1 D. 29,2.

[6]) Zum entgegengesetzten Resultat muss man auf Grund der Ausführungen bei Burchardi (S. 248, 394) kommen.

[7]) Mühlenbruch S. 332 ff.

der *pro herede gestio extranei* gleich. Auch durch jene wird in Wirklichkeit erst erworben, die Rückgängigmachung der *immixtio auctore tutoris* kann also wie die des Erbschaftserwerbs eines *extraneus minor* nur durch i. i. r. erfolgen. — L. 44 D. 42,1, auf welche sich die Gegner beziehen, spricht von einer *abstentio*, die ebenso gut durch i. i. r. erfolgt sein kann; l. 21 D. 26,8 von einer Handlung des *tutor* ohne Hinzuziehung des *pupillus infantia major* (weil der Pupill bald nach der Immixtion einen Kurator erhält),[1]) wodurch nach älterem römischem Recht überhaupt keine wirksame Einmischung begründet wurde. Demnach erscheint es sicher, dass der *pupillus*, der sich *auctore tutore* eingemischt hat, nur durch i. i. r. sein Abstentionsrecht zurückerhält.[2])

Minores adulti werden bei erfolgter Immixtion nach den Vorschriften über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand behandelt. Sie müssen dieselbe in der vorgeschriebenen Frist beantragen (während die *pupilli* sich beliebig abstinieren können). Ihnen wird lediglich die Vergünstigung gewährt, dass die Rechtshülfe noch nach Erreichung der Volljährigkeit nachgesucht werden darf, sofern nur die Einmischungshandlungen vor diesem Zeitpunkt liegen.[3])

Das Restitutionsverfahren an sich ist unwirksam,

[1]) Witte, S. 859, zieht aus dieser Stelle den merkwürdigen Schluss, es werde zwecks Abstention stets ein *curator* bestellt, wenn der *tutor* alleine oder zugleich mit dem Mündel sich eingemischt hätte.

[2]) Brinz S. 381 A. 12, Köppen S. 197 A. 7.

[3]) l. 3 § 2 D. 4,4.

wenn dabei nicht die Erbschaftsgläubiger erscheinen oder ordnungsmässig geladen sind.[1])

Da man gewöhnlich die *minores,* welche unter Kuratell stehen, — dass sie einen Kurator hatten, bildete die Regel — den *pupilli* in vermögensrechtlicher Beziehung gleichstellt, hat man behauptet, dass sie sich nur *auctore curatore* wirksam einmischen könnten,[2]) es sei also nur unter gleichen Voraussetzungen wie bei den *pupilli* Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erforderlich.[3]) Das neuere Recht[4]) hat zwar noch die doppelten Bezeichnungen für die Vormünder der beiden Altersklassen beibehalten, sie sind aber zum „leeren Wortunterschied" herabgesunken.[5]) Wie weit das römische Recht bezüglich der Vertretungsbefugnis des Vormunds Umwandlung erfahren hat, ist Streitfrage; die gemeine Meinung geht aber dahin, dass nach neuestem Recht der Vormund bei allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten den Mündel vertritt, für ihn handelt.[6]) Infolgedessen kann es nicht mehr zweifelhaft sein, wie ein *pupillus,* der sich *auctore tutore* bezw. ein *minor*, der sich *auctore curatore* immisciert hat, zu behandeln ist.

[1]) l. 29 § 2 D. 4,4; C. 1. C. 2,38 (39).

[2]) Mühlenbruch S. 386, 387; Arndts A. 3 ad § 511.

[3]) Vering S. 480.

[4]) Modifiziert durch die R. P. O. von 1548 Tit. 31 § 1 und R. P. O. von 1577 Tit. 32 § 1.

[5]) Sintenis S. 177.

[6]) Sintenis S. 180, S. 644 Anm. 4.

Nach B. G. B. findet keine Wiedereinsetzung gegen Annahmehandlungen als solche statt. Dass Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte solche Handlungen nicht wirksam vornehmen können, ist als Folge mangelnder Geschäftsfähigkeit nicht speziell für das Erbrecht bestimmt.

§ 4.

Die Stellung des Erben vor der Ausschlagung.

Die juristische Konstruktion der Stellung des provisorischen Erben überlassen die Motive[1]) der Rechtswissenschaft, sie sagen nur, er handle für „denjenigen den es angeht“,[2]) event. für sich selbst, — als „Kommissionär mit Selbsteintretungsrecht“.[3]) Der Erbe ist, ohne sein Ausschlagungsrecht zu verlieren, während der Ueberlegungsfrist zur Innehabung und Verwaltung des Nachlasses berechtigt,[4]) „er kann auf denselben greifen“.

Schlägt er nun später aus, hört also auf Erbe zu sein, so soll gegen ihn die *hereditatis petitio* nicht zulässig sein, da seine Bemühungen um den Nachlass ohne eigenes Interesse geschahen.[5]) Es wird demnach das Institut der *neg. gest.*[6]) auf seine Handlungen zur

---

[1]) S. 538.

[2]) Mot. S. 536.

[3]) Frommhold A. 3 ad § 1959.

[4]) Pflichten aber „zur Bewachung fremden Gutes“ können ihm aus dem Erbschaftsanfall nicht erwachsen. Binder S. 74, Wilke Anm. 6 ad § 1959.

[5]) Mot. S. 537.

[6]) Der Ersatzanspruch des provisorischen Erben ist Masseschuld, der des endgültigen Erben Massesurrogat. Binder S. 153.

Anwendung gebracht; alle bezüglichen Vorschriften von Müller und Meikel,[1]) nur ein Teil derselben von den meisten Autoren.[2])

Die §§ 678, 679, 681 S. 1. 687 können unmöglich in Betracht kommen, denn den wirklichen oder mutmasslichen Willen des zukünftigen Erben kann der provisorische nicht gut berücksichtigen,[3]) ebenso an ihn keine Anzeige richten; es ist auch im Falle des § 677 lediglich das objektive Interesse des endgültigen Erben massgebend. Der § 682 entfällt, wenn für den Erben sein gesetzlicher Vertreter gehandelt hat; die §§ 666/68, auf welche durch § 681 Abs. 2 verwiesen wird, können nur für Handlungen nach der Ausschlagung bezw. nach der Erledigung der Geschäftsführung herangezogen werden; kurzum, die betreffenden Vorschriften sind nicht schlechthin sondern „entsprechend" anzuwenden.[4])

B. G. B. § 1958 bestimmt, dass ein Anspruch der sich gegen den Nachlass richtet, vor der Annahme nicht gegen den Erben geltend gemacht werden kann.[5])

---

[1]) S. 451.

[2]) Planck Anm. 2 ad § 1959, Staudinger A. 2 *eod.*, Kuhlenbeck A. 1 *eod.*, Böhm S. 266.

[3]) A. M. Binder S. 151, da auch sonst dem Geschäftsführer die Person des Geschäftsherrn unbekannt sein könne.

[4]) Das bestreitet Binder (S. 149, 150). Die *neg. gest.* der Erben sei eine wahre *n. g.*, da die objectiven Voraussetzungen derselben vorlägen.

[5]) Von und gegen den Fiscus als gesetzlichen Erben kann ein Recht erst geltend gemacht werden, wenn laut Feststellung des Nachlassgerichts kein anderer Erbe vorhanden ist (§ 1966). Dann aber sofort, weil der Fiscus annehmen muss (§ 1942 Abs. 2).

Nach Entwurf I § 2057, der sich dem A. L. R. anschloss, war der Erbe nur von der Einlassung frei; demnach billigen ihn die Motive[1]) nur eine processuale Einrede zu. Planck[2]) nennt sie „processuales Widerspruchsrecht", er behauptet, die neue Fassung (§ 1958) bezwecke lediglich, „auch nur den Schein eines Einlassungszwangs zu vermeiden. Mache der Erbe von seinem Rechte Gebrauch, so bestreite er seine Passivlegitimation;[3]) er müsse in die Verhandlung zur Hauptsache eintreten, dann bewirke Geltendmachung der Einrede die Abweisung der Klage als zur Zeit unzulässig."

Gegen Plancks Bemerkung, der Gläubiger werde in der Ausübung seines Rechts gehindert, wendet sich Eccius[4]) mit treffender Begründung: „es ergäbe sich in keiner Weise, dass hier ein an sich vorhandenes Recht erst durch Weigerung in seiner Wirksamkeit gehindert werde. Wo das Gesetz davon spräche, dass Jemand etwas nicht könne, spräche es ihm die Befugnis schlechthin ab, nicht nur dann, wenn ein anderer dieser Befugnis ausdrücklich entgegentrete".

Man kann also nach Eccius nicht von einer fehlenden Passivlegitimation reden sondern besser von einer fehlenden *legitimatio ad causam*,[5]) des Thatbestands,

[1]) S. 539.

[2]) A. 1 und 2 ad § 1958.

[3]) Ebenso Neumann S. 1096. Einrede der mangelnden Parteifähigkeit nach C. P. O. § 274 Abs. 2 No. 7 (Borcherdt S. 188).

[4]) a. a. O. S. 606 A. 3.

[5]) Gerade wie beim Fiscus, der sich auf sein ihm durch § 1966 zugebilligtes Recht beruft; Staudinger Anm. 1 ad § 1958, Kuhlenbeck, B. G. B. Anm. 1 ad § 1958.

der die Erbenhaftung begründen soll, oder von dem Leugnen des Klagegrundes. Demnach ist im Falle eines Versäumnisurteils oder des Antrages, einen gegen den Erblasser erwirkten Titel gegenüber dem Erben für vollstreckbar zu erklären, von Amtswegen zu untersuchen,[1]) „ob die Annahme der Erbschaft als behauptet und erwiesen anzusehen ist."

Im Ergebnis stimmt auch Planck damit überein; er giebt dem Erben neben diesem civilprozessualen Recht eine materiellrechtliche Verweigerungsbefugnis, so dass er nicht in Verzug geraten kann.

Der Bestimmung des § 1958 entsprechen[2]) folgende Vorschriften: Der Erbe ist vor der Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung eines Rechtsstreites seines Vorgängers nicht verpflichtet.[3]) — So lange der Erbe nicht angenommen hat, ist eine Zwangsvollstreckung[4]) wegen eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet, nur in den Nachlass zulässig.[5]) — Eine Zwangsvollstreckung dagegen, welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte, wird in den Nachlass desselben fortgesetzt.[6])

Wenn die Gläubiger die Bestellung eines Nachlass-

---

[1]) A. M. Wilke Anm. 3 ad § 1958.

[2]) Mot. z. C. P. O. v. 17. V. 98. S. 101.

[3]) C. P. O. § 239 Abs. 5, ebenso B. G. B. Entw. 1 § 2057.

[4]) Dasselbe gilt für die Ausbringung eines Arrestes. Mot. S. 540.

[5]) C. P. O. § 778 Abs. 1.

[6]) C. P. O. § 779 Abs. 1.

pflegers erwirken und nun gegen diesen[1]) oder gegen den Nachlassverwalter[2]) oder den Testamentsvollstrecker[3]) klagbar werden, sollen sie immer noch vor den persönlichen Gläubigern des Erben geschützt werden;[4]) letztere können sich wegen ihrer Ansprüche aus der Erbschaft nicht vor der Annahme befriedigen.[5]) — Da aber der Erbe für jede Schädigung seiner Gläubiger durch unerlaubte Zwangsvollstreckungen haftet, steht nur ihm ein Widerspruchsrecht zu.[6])

Der *suus* wurde vom Prätor so lange als ausschlagend betrachtet, wie er sein Abstentionsrecht nicht verloren hatte. Deshalb unterscheidet sich seine Stellung v o r der ausdrücklichen Ausschlagung, falls solche überhaupt erfolgte, in nichts von seiner Lage n a c h der Erklärung.

---

[1]) §§ 1960, 1961.
[2]) § 1984 Abs. 1.
[3]) § 2213 Abs. 2.
[4]) Mot. z. C. P. O. S. 158.
[5]) C. P. O. § 778 Abs. 2.
[6]) Planck Anm. 5 e ad § 1958. — A. M. Seuffert, Zeitschrift für Civilprozess Band 22 S. 370.

§ 5.

Die Ausübung des Ausschlagungsrechtes (Form und Frist).

Die Geltendmachung des *ius abstendi* erfolgt ohne besondere Form;[1]) zumeist wird es überhaupt nicht geltend gemacht, da es begrifflich kein *actus* sondern ein *factum* ist, ein rein negatives Verhalten. Es bedarf nicht einer besonderen Erwirkung vom Prätor (wie die *decretalis bonorum possessio*) oder nur einer Meldung beim Magistrat,[2]) (wie die *edictalis bonorum possessio* sie erfordert).[3]) Als Analogon der *i. i. restitutio* ist das *ius* oder die *potestas abstinendi* nicht durch eine Läsion bedingt, sondern es genügt positiv „jede erweisliche Willenserklärung[4]), die Erbschaft nicht haben zu wollen, werde sie durch Worte oder Handlungen an den Tag gelegt“[5]), negativ „Enthalten von jeder Erklärung, als Erbe oder *bonorum possessor* succedieren zu wollen“,

---

[1]) l. 1 C. 2,38 (39): *si vos paternae hereditati non immiscuistis, ob eam rem testificatio necessaria non fuit.*

[2]) l. 12 D. 29,2: *ei qui se non immiscuit hereditati paternae — non esse necesse praetorem adire.*

[3]) Witte S. 857, 858.

[4]) l. 12 D. 29,2: *constituerat — non agnoscere hereditatem.*

[5]) Mühlenbruch S. 325.

— vor Allem aber ist Vermeiden jeder Einmischung in die erbschaftlichen Angelegenheiten geboten. Wird der Erbe in Anspruch genommen, so reicht die jetzt erst erfolgende Erklärung völlig aus,[1]) nur wird die Folge eine ausdrückliche Abstentionserklärung *in iure* sein. Damit dieselbe Wirkung für und gegen Alle gewinnt, ist allerdings die Beobachtung einer gewissen Form vorgeschrieben, sicherlich üblich gewesen,[2]) doch scheint es unbedenklich der ungefragt abgegebenen, also formlos und ausser Gericht erfolgenden, Erklärung des *suus* die gleiche Wirkung beizumessen.

Da das Entschlagungsrecht den *necessarius* materiell in die Lage eines *voluntarius heres* bringt,[3]) stehen ihm die Rechte eines solchen ebenfalls zu. Zwar muss er im Falle einer Inventarerrichtung sich einstweilen in Anspruch nehmen lassen,[4]) insbesondere dem *fideicommissarius heres* die Erbschaft restituieren[5]) — von einer Verpflichtung des *suus* kann aber auch dann noch nicht die Rede sein, es bleibt ihm das Recht, seine Abstention zu erklären.[6])

[1]) Sintenis S. 644.

[2]) l. 21 D. 26,8: *acta facta sunt apud Procuratorem Caesaris — quaesitum est, an secundum haec acta adolescens a bonis patris abstentus sit: respondit* (sc. Scaevola), *proponi abstentum.*

[3]) Windscheid S. 410 Anm. 5.

[4]) l. 1 § 7 D. 29,4: *qui sunt in potestate statim heredes sunt, nec quod se abstinere possunt, quicquam facit.*

[5]) l. 27 § 3 D. 36,1: *quare etsi non immiscuerit — actiones ad Sempronium (i. e. fideicommissarius heres) transmittebantur (transferentur).*

[6]) Mühlenbruch S. 326, 327.

Das zweite Recht eines *heres voluntarius*, sich vom Prätor eine Deliberationsfrist geben zu lassen, wird dem *suus* bisweilen abgesprochen. Faber[1]) bemerkt ausdrücklich: *ius deliberandi pertinet tantum ad heredes extraneos, sicut beneficium abstentionis ad suos, separationis ad necessarios.* — An einer anderen Stelle[2]) giebt er als *discrimen* des *ius abstendi* und der *deliberatio* an: *ius abstentionis pendet ex non facto, i. e. ex non immixtione, ius deliberationis pendet omnino ex facto, i. e. ex iure adeundi vel repudiandi.*

Von einer Verwechslung beider Begriffe ist nie die Rede gewesen, es fragt sich nur, was unter der nach l. 19 C. 6,30 zu transmittierenden *deliberatio* verstanden werden muss.[3]) Die Sprache dieser Konstitution ist ziemlich mangelhaft, für uns doppelt empfindlich, da wir nicht alle Gesetze kennen, auf welche sie Bezug nimmt; eine uns bekannte Stelle spricht eher für die Zulässigkeit seiner Deliberationsfrist.[4]) Neuere Pandektisten billigen diese dem *suus* schon deshalb zu, weil der Prätor ihn durch Gewährung des *ius abst.* in die gleiche Lage wie ein *voluntarius* brachte und daher

---

[1]) *de err. pragm. et interpr.* XXXIV, 6 No. 4 S. 635.

[2]) *eod.* No. 7 S. 636.

[3]) Marezoll, a. a. O. S. 84: der *suus* wird als ein Deliberirender angesehen, wie der *extraneus*, der sich eine Deliberationsfrist geben lässt; — eine nicht üble, aber aus dem Texte kaum zu rechtfertigende Konstruktion.

[4]) l. 8 D. 28,8: *si quis suus heres, postquam se abstinuit, tunc petat tempus ad deliberandum.* — Was dem *suus* noch nach der Abstention erlaubt war, konnte ihm vorher schlechterdings nicht versagt werden.

sicher alle diesem günstigen Vorschriften[1]) auf jenen ausdehnen wollte.[2])

Die Entscheidung des Streites, ob die Deliberationsfrist ein Jahr beträgt (nach l. 19 C. 6,30) oder drei Monate (nach l. 22 § 1 C. eod.) ist nicht einfach; gehört auch, wie Witte bemerkt, in die Lehre vom Erbschaftserwerb des *voluntarius*, aus der das ganze Institut so zu sagen „leihweise" übernommen ist.

Wenn wir jetzt das Wesen der Ausschlagung im geltenden Recht betrachten, wird es sofort in die Augen fallen, dass hier recht eigentlich der springende Punkt unserer Abhandlung liegt.[3]) Während die Untersuchung des Vorganges bei der Ausübung des *ius abstinendi* im wesentlichen ein negatives Resultat ergab, da wir nur ein rein passives Verhalten feststellen konnten, tritt uns im Bürgerlichen Recht die Ausschlagung als solche im Gegensatz zum Verlust des Ausschlagungsrechtes durch Annahme als ein *actus*, eine bestimmten Vorschriften unterstehende Thätigkeit entgegen.

Was zunächst die Form der Ausschlagungserklärung im geltenden Recht anbelangt, so ist sie eine öffentlich beglaubigte[4]) wegen der grossen Wichtigkeit für das Schicksal der Erbschaft und weil sie als Grundlage für die Ausstellung des Erbscheins dient.[5]) Sie hat

[1]) Für das *ius deliberandi* des *voluntarius* cf. l. 7 pr. D. 28,8.
[2]) Witte S. 858, Sintenis S. 643, 644, Windscheid S. 410 Anm. 5.
[3]) Die Schlussbetrachtung wird den Unterschied noch schärfer hervorheben.
[4]) B. G. B. § 1945.
[5]) Motive S. 502.

„gegenüber“ dem Nachlassgericht zu erfolgen, nicht „vor“ demselben, um keine unnötigen Erschwerungen zu schaffen.[1] [2])

Ein Bevollmächtigter bedarf einer öffentlich beglaubigten Vollmacht.[3]) Welchen Umfang dieselbe haben muss, war schon im gemeinen Recht streitig. Mommsen[4]) hält eine Generalvollmacht nur dann für genügend, wenn sie ausdrücklich zur Annahme oder Ausschlagung von Erbschaften ermächtigt. Für das geltende Recht ist mit Planck[5]) die Entscheidung über den notwendigen Umfang der Vollmacht als *quaestio facti* zu betrachten.

[1]) Also durch Ueberreichung eines formalisierten Schriftstückes oder zu Protokoll (Planck Anm. 1 § 1945).

[2]) Die näheren Bestimmungen enthält das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit: Als Nachlassgericht funktioniert das Amtsgericht (§ 72), in dessen Sprengel der Wohnsitz zur Zeit des Erbfalls bezw. der letzte inländische Wohnsitz des Erblassers liegt, oder sich Nachlassgegenstände eines Ausländers befinden (§ 73). Unter mehreren zuständigen Gerichten kann der Erbe wählen, das zuerst thätig gewordene geniesst den Vorzug (§ 4). Eine dem unzuständigen Gericht gegenüber abgegebene Erklärung ist trotz § 7 unwirksam; das Gericht wird es aber — wie Planck (Anm. 1 ad § 1945) bemerkt, „als ein *nobile officium* betrachten, die Erklärung dem zuständigen Gericht mitzuteilen, insbesondere wenn die Frist nahezu abgelaufen ist“. cf. auch § 74.

[3]) In diesem Fall kommt lediglich die Person des Vertretenen für den Fristenlauf in Betracht. Binder S. 121, Wilke Anm. 3 § 1944; Planck (Anm. 3 ad § 1944) hält auch die Kenntnis des Bevollmächtigten für genügend.

[4]) S. 284.

[5]) Anm. 1 ad § 1945. — Jedenfalls ist nicht unbedingt eine Spezialvollmacht erforderlich. Wilke Anm. 2 ad § 1945.

Die Ausschlagungserklärung ist unwiderruflich. Die Motive[1]) rechtfertigen das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung damit, dass „die eingetretene Wirkung der Verfügung des Erklärenden entrückt, die Unwiderruflichkeit einseitiger Willenserklärungen für das Erbrecht an manchen Stellen, z. B. für den Erbverzicht, betont sei."

Die Ausschlagung gehört, wie die Antretung im römischen Recht, zu den *actus legitimi, qui nec diem nec conditionem recipiunt* (B. G. B. § 1947). — Zweifelhaft ist, ob die Ausschlagung zu Gunsten anderer Personen eine Bedingung enthält. Cosack[2]) erblickt darin schlechthin eine bedingte und deshalb unwirksame Erklärung, Planck[3]) nur für den Fall, dass der Verzicht nicht zu Gunsten Derjenigen erfolgt, die nach § 1953 Abs. 2 ohnehin succedieren würden. Es liegt

---

[1]) S. 510.

[2]) S. 708. — Ebenso Borcherdt S. 98 (der Zweck kann nur durch Schenkung erreicht werden). Sehr bedenklich erscheint Binders (S. 128) Argumentation, dass die Ausschlagung zu Gunsten Dritter sich nur dann als bedingt darstelle, wenn sie als unter der Bedingung erfolgt aufzufassen sei, dass die Erbschaft dem Dritten anfalle und von ihm angenommen werde. Im Uebrigen solle ein reines Motiv, ein rechtsgeschäftlicher Zusatz vorliegen, der die Ausschlagung nicht wirkungslos mache. — Stösst schon die Auslegung der Erklärung auf Schwierigkeiten, so ist der Vergleich mit dem Vertrag zu Gunsten Dritter unangebracht. Hier wird allerdings in der Zuwendung an den Dritten keine Bedingung gesehen, aber von diesem Rechtsinstitut ist die Ausschlagung zu Gunsten Dritter himmelweit verschieden. (Wer sollte der Versprechensempfänger sein: der Erblasser, das Nachlassgericht?)

[3]) Anm. 3 ad § 1947.

dann, wie Staudinger[1]) bemerkt, keine Bedingung im Rechtssinn vor, die Wirksamkeit der Ausschlagung wird also nicht gehindert. Indessen kann nach desselben Autors Ansicht[2]) die Erklärung bisweilen auch als Veräusserung der Erbschaft an den als begünstigt Bezeichneten im Sinne der §§ 2371, 2385, 2033 aufgefasst werden und ist als Ausschlagung gemäss § 1947 unwirksam. Wird der Vertrag aber mit denjenigen Personen geschlossen, die nach § 1953 Abs. 2 zunächst berufen sind, so will möglicherweise sich der Erbe ihnen gegenüber verpflichten, form- und fristgerecht auszuschlagen. Scherer[3]) erblickt in Anlehnung an C. c. Art. 780, in der Ausschlagung zu Gunsten jedes Anderen eine stillschweigende Annahme der Erbschaft, zugleich eine Schenkung, wenn zu Gunsten aller Miterben verzichtet wird.[4]) Dem dürfte nicht beizustimmen sein, denn eine Annahme kann nur dann für vorliegend erachtet werden, wenn es sich, wie in Staudingers Beispiel um eine Veräusserung handelt, die begrifflich allerdings den Erwerb voraussetzt.[5])

[1]) Anm. 3a ad § 1947.

[2]) Anm. 3b ad § 1947.

[3]) S. 61.

[4]) Demgemäss soll die Ausschlagung der Anfechtung im Konkurse und ausserhalb desselben unterliegen.

[5]) S. 65 spricht Scherer auch von einem Vertrag mit den Miterben, durch welchen ein Erbe die Erbschaft ausschlägt. Wie kommt aber eine solche Abmachung, die weder direkt noch indirekt eine Ausschlagung enthält, in das Kapitel von der gesetzlich formalisierten Ausschlagung! Vergl. auch Planck A. 3 ad 1947.

Aehnlich liegt es mit der Ausschlagung aus einem bestimmten Berufungsgrund, wenn dieser nicht zutrifft (Borcherdt S. 98). Entweder gilt die Erklärung als unter der Bedingung abgegeben, dass der angegebene Berufungsgrund zutreffe[1]), und ist deshalb nichtig oder sie verfällt gleichem Schicksale, weil der Erbe über den (wahren, ihm zunächst noch unbekannten) Berufungsgrund im Irrtum war (Wilke Anm. 1 ad § 1947).

Das Recht des *suus*, seinen Abstentionswillen in beliebiger Frist, vielleicht niemals, kundzugeben, konnte das bürgerliche Gesetzbuch natürlich nicht übernehmen; es wird vielmehr von dem Prinzip geleitet, die Erklärung der Ausschlagung nach Möglichkeit zu beschleunigen. Den Motiven[2]) erschien es noch bedenklich, eine Annahme oder Ausschlagungserklärung sofort nach dem Anfall zuzulassen. Sie gingen davon aus, „dass eine so wichtige Erklärung nicht abgegeben werden könne, bevor der Erbe genügende Klarheit über die massgebenden Verhältnisse verlangt habe.“[3])

Dass diese Auffassung „den Anforderungen des Lebens entspricht“, wird man den Motiven gerne zugeben; nur aus dem Gesichtspunkt, dass eine Beschleunigung der Entscheidung, ob die Erbschaft behalten

[1]) Trifft er wirklich zu, so liegt nicht eine inhaltlich beschränkte Willenserklärung vor (Prot. S. 627), sondern eine *conditio in praesens collata*. Binder (S. 108), der sich also Borcherdt anschliesst.

[2]) S. 503, 504.

[3]) Ebenso Mommsen S. 287, 288.

würde oder nicht, stets mit Freuden zu begrüssen sei, kann sich die zweite Gesetzeskommission zu einer anderen Ansicht bekehrt haben. Den zweiten Einwurf der Motive, ein Irrtum (bei der Erklärung der Ausschlagung) könne nur ein Irrtum im Motiv sein, bleibe deshalb unbeachtlich, ein Resultat, welches doch nicht im Interesse des Erben liegen könne, — hat die Kommission wohl ebenfalls als berechtigt anerkannt, ihm indessen durch Zulassung der Anfechtung wegen eines Irrtums über den Berufungsgrund[1]) die Spitze genommen. Dagegen ist eine Erklärung vor dem Erbfall[2]) stets wirkungslos; denn der Erbverzicht, durch den zwar das gleiche Resultat erzielt wird, als wenn der Erbe ausschlägt, ist begrifflich nicht dasselbe wie eine Verpflichtung auszuschlagen. Andererseits fehlt völlig ein Rechtsinstitut, vermöge dessen der Erblasser die Gewissheit erhielte, dass sein Erbe die Erbschaft behält; eine vertragsmässige Annahmeerklärung zu seinen Lebzeiten wäre unwirksam.[3])

Die Frist, binnen welcher die Ausschlagung erfolgen kann, beträgt sechs Wochen; falls der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande hatte oder wenn sich der Erbe bei dem Beginn der Frist im Auslande

---

[1]) B. G. B. § 1949 Abs. 1.

[2]) Nicht aber vor dem Anfall, wenn die Berufung davon abhängig ist, dass ein Vorberufener nicht zur Erbfolge gelangt oder wenn Jemand als Nacherbe berufen ist (Strohal S. 300 Abs. 5).

[3]) Scherer S. 50.

aufhielt, sechs Monate. Diese letztere Vorschrift hat den Verfassern des Entwurfes die ärgsten Angriffe zu gezogen, von denen Ecks[1]) Bezeichnung als „übermässig lang“ noch die mildeste ist. Der Entwurf ging aber davon aus, die Ausschlagungsfrist überhaupt möglichst gleichmässig zu gestalten und sie fremden Einflüssen ganz zu entrücken.

Eine Verlängerung durch letztwilliger Verfügung des Erblassers macht schon ihr Charakter als „gesetzliche Präclusivfrist“ unmöglich,[2]) wogegen eine Abkürzung als zulässig erachtet wird, weil dadurch der Erbe nicht geschädigt werden kann.[3]) Im Uebrigen haben die Motive[4]) die sechsmonatliche Frist, welche den Gegnern ein Dorn im Auge ist, mit Gründen gerechtfertigt, die sich hören lassen. Dass die Frist für alle Fälle genügt, steht ausser Zweifel; dass sie bisweilen reichlich lang ist, ebenfalls. Wann dies aber der Fall, muss der Richter entscheiden; was vom Entwurf als grösseres Uebel empfunden wird. Die Bestimmung des A. L. R., nach welcher die gewöhnliche Frist von drei Monaten auf obige Weise verlängert werden konnte, hat sich ganz gut bewährt; trotzdem fürchten die Motive[5]) „eine das Interesse der Beteiligten in hohem Mafse gefährdende Praxis“. — Diese kann

[1]) Eck a. a. O. S. 3.
[2]) Motive S. 501.
[3]) Staudinger Anm. 5 § 1943.
[4]) S. 498.
[5]) S. 501.

aber m. E. nur darin bestehen, dass das Gericht in Verkennung der jeweiligen Umstände und auf Drängen der Gläubiger die Frist zu kurz bemisst. Daher scheint es in der That ratsamer, eine unabänderliche Frist festzusetzen, die nie unbillig kurz sein kann.

Der Ablauf der Frist ist gehemmt, so lange der Erbe durch Stillstand der Rechtspflege oder höhere Gewalt in der Abgabe der Erklärung verhindert ist.[1])

Ist der Erbe in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder geschäftsunfähig und ohne gesetzlichen Vertreter, so kann er, nachdem er geschäftsfähig geworden oder der Mangel der Vertretung behoben ist, immer noch innerhalb der vollen Frist, die sich aus § 1944 ergiebt, ausschlagen. Versäumt aber der Vertreter die Frist, so muss der Vertretene es gelten lassen, dass nach gewöhnlichen Regeln die Folgen des Fristablaufs mit Wirkung für ihn und gegen alle eintreten.

Der Lauf der Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe bezw. sein gesetzlicher Vertreter[2]) von dem Anfall und dem Grunde der Berufung[3]) Kenntnis erlangt;[4]) doch hindert Irrtum über den Berufungs-

[1]) B. G. B. § 203.

[2]) Binder S. 78, Wilke Anm. 5 ad § 1913.

[3]) Der Pflichtteilsberechtigte muss ausserdem die Belastung seines Erbteils kennen (§ 2306 Abs. 1). Das ist allerdings inconsequent, wie Binder (S. 126 Anm. 16) bemerkt.

[4]) Ist der Erbe durch Verfügung von Todeswegen berufen, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung. (§ 1944 Abs. 2 S. 2). — Aus der Vorgeschichte des Gesetzes ergiebt sich erstens, dass eine Verkündung möglich sein muss,

grund den Beginn. Jeder Irrtum, der entschuldbare oder der unentschuldbare,[1]) selbst der Rechtsirrtum, welcher auf Nichtkenntnis der einschlagenden gesetzlichen Vorschriften beruht, genügt; also z. B. der Irrtum darüber, dass die letztwillige Verfügung aus irgend einem Grunde nichtig ist, dass die Erbeinsetzung unter einer Bedingung erfolgte.[2]) Es läuft demnach für jeden Grund eine neue Frist, wodurch leicht Unzuträglichkeiten entstehen können.[3]) Diese werden durch die Entscheidung, dass der Erbe in Ansehung aller Berufungsgründe mittels ein und derselben Erklärung ausschlagen kann, mindestens zum grossen Teil gehoben.[4])

---

zweitens dass mit der Verkündung eigentlich die Eröffnung gemeint ist (ebenso Binder S. 125). Lässt sich letztere nicht ausführen (z. B. weil die Urkunde fehlt oder für den inländischen Richter nicht erreichbar ist), so beginnt die Frist nach Regel mit der Kenntnis des Erben von Anfall und Berufungsgrund. Jedenfalls kann, so lange die Unmöglichkeit der Eröffnung noch nicht feststeht, der Erbe nicht zur Erklärung über die Annahme gezwungen werden. Findet sich dagegen hinterher das Testament, so läuft die Frist für den Erben, der noch nicht annahm, von der Verkündung der Verfügung an. Lafrenz S. 553.

[1]) Staudinger Anm. 1 § 1949.

[2]) Mot. S. 499, 500.

[3]) Wenn der Erbe zugleich durch Testament und Erbvertrag berufen war, nur wenn er von dem neuen Berufungsgrund erst nach der Ausschlagung aus dem anderen Kenntnis erlangt hat Mot. S. 509, Binder S. 166.

[4]) B. G. B. § 1949 Abs. 1. — Natürlich gilt die Ausschlagung nur dann für mehrere Berufungsgründe, wenn es sich um dieselbe Berufung handelt. Ist z. B. Jemand zugleich gesetzlicher Erbe und Nacherbe, so ist die Ausschlagung nur zu beziehen auf die gesetzliche Erbschaft bis zum Eintritt der Nacherbfolge nach § 2105 Abs. 1 (Mot. S. 509; Planck Anm. 3, § 1949).

Das Gesetz setzt sogar diese Absicht beim Erben voraus, d. h. es nimmt eine Ausschlagung an für alle Gründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind.[1]) Hierin zu weit zu gehen, wäre eine Unbilligkeit gegen den Erben. Deshalb ist Planck nicht beizustimmen, wenn für ihn lediglich massgebend ist, dass die verschiedenen Berufungen zu einander im Verhältnis von Ursache und Wirkungen stehen. Nach Staudinger[2]) ist § 1949 Abs. 2 nur anwendbar, wenn der Anfall aus dem einen Grund die unmittelbare oder doch mindestens dem Ausschlagenden sofort bewusst werdende Folge der Ausschlagung aus dem anderen Grunde ist. Die gesetzliche Vermutung greift also nicht Platz, wenn die neue Berufung erst dadurch erfolgt, dass wegen Wegfalls eines Ersatzerben oder des zunächst berufenen gesetzlichen Erben gesetzliche Erbfolge eintritt und wenn diese Umstände den Erben nicht bekannt sind.

Die Auslegung von § 1952 Abs. 2, der von den Fristen für den Erbeserben handelt, stösst auf Schwierigkeiten. Abs. 1 ist nur der Deutlichkeit halber hinzugefügt, aus dem Prinzip der Vererbung der Erbschaft folgt das Gleiche für die Ausschlagungsfrist. Als selbstverständlich gilt, dass der erste Erbe das Recht der Ausschlagung noch nicht verloren hatte; bleiben zwei Möglichkeiten: die Frist hatte, mangels der Voraussetzung noch nicht begonnen, oder sie hatte begonnen, war aber noch nicht abgelaufen. Fassen wir zunächst

[1]) cf. Anm. 4 auf voriger Seite.

[2]) Anm. 3 ad § 1949.

den ersten Fall ins Auge; er scheint im Absatz 2 nicht enthalten, der von dem „Ablauf" spricht, also wahrscheinlich den Beginn der Frist voraussetzt. Es fehlt an Spezialbestimmungen: die gewöhnlichen Grundsätze (§ 1944) kommen zur Anwendung, nicht § 1952 Abs. 2.

Massgebend ist also der Zeitpunkt, in dem der Erbeserbe von dem Anfall und Berufungsgrunde Kenntnis erlangt; die Frist bemisst sich aus seiner Person, denn es handelt sich nicht um die Transmission eines höchstpersönlichen Rechts, sondern um eine „Modifikation des Erbschaftserwerbs."

Jetzt der zweite Fall; die Frist hatte für den Erben begonnen. Was besagt nun § 1952 Abs. 2 hierfür? Nichts, als dass die (dem Erben zur Verfügung gestandene) Ausschlagungsfrist nicht früher ablaufen soll wie die für die Ausschlagung der zweiten Erbschaft laufende, die sich natürlich aus der Person des Erbeserben bemisst; nicht früher, wohl aber später. Was bezweckt diese Vorschrift, lediglich eine Vereinfachung der Ausschlagungserklärung? Vermutlich, also soll sie möglichst häufig Platz greifen! Sicherlich wird dieses nicht möglich sein, wenn die Ausschlagung der ersten Erbschaft den gewöhnlichen Voraussetzungen unterworfen ist; denn dann wäre Kenntnis vom Anfall und Berufungsgrund erforderlich: also kommt es auf diese nicht an![1])

[1]) Planck, Anm. 2 ad § 1952. — Borcherdt S. 101; Wilke Anm. 3 ad § 1952: Der Erbe übt in diesem Fall das geerbte, schon bei Lebzeiten des Erblassers begonnene Ausschlagungs-

Man macht dagegen geltend: erstens, die erste Frist braucht nicht begonnen zu haben, gefordert wird lediglich, dass sie nicht abgelaufen ist. Zweitens, § 1944 ist entsprechend anzuwenden; also kann die Frist bezw. kann der Rest einer begonnenen Frist erst zu laufen anfangen, wenn der Erbeserbe von seiner Berufung thatsächlich Kenntnis erlangt hat;[1]) solange ist der Fristenlauf gehemmt.[2]) Dass der Erbeserbe „überhaupt einmal" vor dem Ablauf der Frist von der Erbschaft erfahren haben muss,[3]) ergiebt sich aus den Motiven S. 502, auch aus der Rücksichtnahme auf den Willen des Erben trotz des *ipso iure* Erwerbs.[4])

Die Behauptung, dass der Erbe „zu irgend einem Zeitpunkt" von dem Anfall erfahren haben muss, ist mindestens willkürlich; eine Unterbrechung der Frist bis zur Erlangung der Kenntnis wenigstens consequent. In Erwägung des Umstandes, dass allerdings auf das Willensmoment beim Erwerb des Oefteren hingewiesen

---

recht aus. — Damit ist wohl die Ausschlagungsfrist gemeint. Wenn auch Binder a. O. eine allgemeine Vorschrift leugnet, dass der Erbe in alle Fristen des Erblassers succediere, so lässt sich doch die Sondervorschrift des § 1952 Abs. 2 nicht fortinterpretieren.

[1]) Der Tod des Erben gilt als höhere Gewalt. Die Hemmung ist aber erst beendet, wenn der Transmissar in die Lage kommt auszuschlagen; also mit der Kenntnis von dem Anfall, nicht notwendig dem Berufungsgrunde. Binder S. 84, 85.

[2]) § 1944 in Vbdg. mit § 203 Abs. 1. — Endemann S. 350 Abs. 16.

[3]) Staudinger Anm. 2 ad § 1952.

[4]) Mot. S. 487, Binder S. 85.

wird, erscheint Endemanns Ansicht als billigenswert. Indessen ist die entsprechende Anwendung von § 1944 nicht ohne Hinweis des § 1952 zulässig, denn das B. G. B. spart im Allgemeinen nicht mit solchen Vorschriften. Die Verlängerung der Ausschlagungsfrist geht als Aequivalent für den willenlosen Erwerb; in den meisten Fällen wird der Erbe sich haben orientieren können.[1]) Plancks Auslegung entspricht am meisten dem Wortlaut des § 1952[2]), wer sich aus allgemeinen Gründen Endemann anschliessen will, muss zugeben, dass sich das Gesetz einer wenig wünschenswerten Kürze befleissigt.

---

[1]) Treffend weist Planck (l. c.) auf die entsprechende Vorschrift für den Lauf der Inventarfrist hin.

[2]) Wie auch Binder, S. 84, zugesteht.

§ 6.

Berufung aus verschiedenen Gründen, auf verschiedene Erbteile.

Nach römischem Recht war es gestattet, bei der Berufung aus mehreren Gründen, aus dem einen auszuschlagen, aus dem anderen anzunehmen. Da aber von dieser Erlaubnis hauptsächlich Gebrauch gemacht wurde, um sich von den durch Testament auferlegten Beschwerungen, insbesondere Vermächtnissen, zu befreien, ordnete der Prätor an (*edictum: si quis omissa causa testamenti vel alio modo possideat hereditatem;* D. 29,4), dass unter diesen Voraussetzungen die Belastungen aufrecht erhalten würden. B. G. B. § 2161 lässt Jeden haften, „welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommt", nimmt aber im Gegensatz zum Edikt auf den gegenteiligen Willen des Erblassers Rücksicht. Deshalb kann es im geltenden Recht von Nutzen sein, z. B. aus dem Testament auszuschlagen und als gesetzlicher Erbe anzunehmen. Gestattet ist dieses durch B. G. B. § 1948.[1]) Es kann

[1]) Bei der Ausschlagung bezieht sich der Erbe auf alle ihm bekannten, nicht die unbekannten Gründe, bei der Annahme auf alle vorgestellten, nicht die ihm bekannten Gründe. Die Folge ist, dass der Erbe nicht mehr ausschlagen kann, wenn

nämlich die aus der Verfügung des Erblassers sich herleitende Berufung nicht zugleich in dem negativen Sinn aufgefasst werden, dass — wie es A. L. R. wollte — dem Berufenen die eventuellen gesetzlichen Rechte auf die ihm zugewendete Erbschaft entzogen werden sollen.[1])

Dem römischen Grundsatz: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, wird insofern Rechnung getragen, als Teilausschlagung bezw. -antretung unzulässig ist;[2]) die Erbschaft muss angenommen werden, so wie sie liegt, sagt Mommsen in § 223 seines Entwurfes. Die Ausschlagung eines Teils hat aber nicht zur Folge, dass der Erbe die ganze Erbschaft verliert, — das wäre logisch aber unbillig — die Teilausschlagung ist einfach unwirksam.[3])

Dass eine testamentarische Bestimmung in anderer Richtung unter gewissen Umständen diese Wirkung hintenan hält, dass also der § 1950 durch § 1951 Abs. 3 eine Korrektur erfährt, wird von Binder (S. 114—119)

---

er aus einem Grunde ohne Irrtum annahm; aber noch annehmen kann, wenn er zwar aus einem Grund ohne Irrtum ausschlug, ihm aber später ein anderer Grund bekannt wird. Binder S. 129, 130.

[1]) Mot. S. 509.

[2]) Diese Vorschrift bezieht sich natürlich nur auf eine Annahme e r k l ä r u n g; wenn ein Erbe als solcher über einen Teil der Erbschaft v e r f ü g t hat, so liegt darin eine stillschweigende Annahme aufs Ganze. Scherer S. 51.

[3]) Nur eine scheinbare Ausnahme bildet das Recht des Erbeserben, den seinem Anteil entsprechenden Teil der ersten Erbschaft auszuschlagen. § 1952 Abs. 3.

behauptet. Die Zweckmässigkeit allerdings, welche die Motive (S. 506, 507) für die Bestimmung geltend machen, erscheint ihm mit Recht fragwürdig. Es ist daher zweifelhaft, ob die betreffende Vorschrift nicht einen ganz anderen Sinn hat. Ihrer Stellung im Gesetzestext nach bezieht sie sich viel eher auf den vorhergehenden Abs. 2 des § 1951, als dessen Ausnahme sie sich repräsentiert. Zu diesem Zweck müssen wir uns mit der neuen, von Silverberg aufgestellten Lehre von den absolut selbständigen Berufungen vertraut machen: Nach Silverberg (S. 31) liegen so viele Berufungen vor, wie sich Erbteile aus dem Nachlass ergeben. Es kann aber der Erblasser in den Fällen der gewillkürten Erbfolge durch die Berufung bestimmen, ob ein Anteil am Nachlass Erbteil im Sinne des § 1922 Abs. 2 sein soll; in den Fällen der gesetzlichen Erbfolge, in denen ein Erbe mehrere Anteile am Nachlass erhält, sagt das Gesetz ausdrücklich, dass jeder Anteil Erbteil ist (S. Seite 30). — Das Alles bestreitet allerdings Binder energisch. — Das Verhältnis von Berufung und Berufungsgrund ist nun — laut positiver Vorschrift des B. G. B. § 1951, Abs. 2 — Folgendes: Beruhen die mehreren Berufungen auf demselben Grund, so verleiht nur eine Berufung das Recht die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen (S. 32); das ist die absolut selbstständige Berufung. Daneben (und zwar niemals für sich alleine) können Berufungen bestehen, welche lediglich die Personen bestimmen, an welche sich der Anfall eines Teils der Erbschaft vollziehen soll, der hierdurch als

besonderer Erbteil im Sinne des § 1922 Abs. 2 qualifiziert wird; das sind die relativ selbständigen Berufungen. Wenn nun der Erblasser eine von mehreren Willensbildungen, welche nach § 1951 Abs. 2 eine Einheit bilden würden, für selbständig erklärt (S. 39), dann hat — laut Absatz 3 des § 1951 — die auf Grund derselben erfolgende relativ selbständige Berufung die Wirkung, welche nach Absatz 2 nur der absolut selbständigen Berufung zukommen würde; nämlich dass jeder Erbteil gesondert angenommen oder ausgeschlagen werden kann.[1])

Fehlt es an einer solchen Willensbildung, — und das wird die Regel sein — so ist für die Zulässigkeit der Ausschlagung eines Teiles der Umstand entscheidend, ob die Berufung auf demselben Grund beruht oder nicht (§ 1951 Abs. 2). Dabei sollen verschiedene Testamente bezw. Erbverträge als ein Grund gelten. Wie es mit den gesetzlichen Berufungen steht, wenn also der A. zugleich in mehreren Ordnungen berufen ist oder als Verwandter und Ehegatte, ist nicht gesagt. Es ist nun daran festzuhalten, dass im Grunde (mittelbar) alle Berufung durch das Gesetz erfolgt.[2]) Die un-

[1]) A. M. Binder (S. 117), dessen Gegenbeweis aber verfehlt ist, insofern er sich darauf stützt, dass es nicht einzusehen sei, warum der Erblasser dem Erben das Recht gewähren darf, die Erbschaft nur zum Teil anzunehmen, wenn er mehrere Erbteile macht (vergl. Mot. 506), dagegen nicht, wenn er dieses unterlässt (S. 118). — Unlogisch ist eine solche Vorschrift vielleicht, aber — selbst wenn man Silverbergs Ausführung verwirft — in der positiven Bestimmung des Gesetzes begründet.

[2]) Windscheid § 529, Planck Anm. 2 ad § 1951, Meyer S. 4,51.

mittelbaren Gründe sind für das römische Recht das Gesetz selbst und (der durch das Gesetz anerkannte) Wille des Erblassers.

Der Entwurf I B. G. B. § 2037 erklärte klipp und klar, Berufungsgründe sind: Gesetz, Testament, Erbvertrag; während das gemeine Recht in den beiden letzten Rechtsinstituten nur verschiedene Erscheinungsformen des erblasserischen Willens sah (Windscheid S. 184, Anm. 3). Ob das B. G. B. den Standpunkt des Entwurfs I verlassen hat, ist nun die grosse Frage. Der erwähnte Zusatz fehlt, deshalb glaubt man, sein Inhalt sei verworfen. Er ist allerdings schon durch Kommissionsantrag, nicht erst von der Redaktionskommission gestrichen (Prot. S. 627, 628), welcher Umstand zu dem Schlusse berechtigt hätte, dass er bei der jetzigen Fassung des Gesetzes sich erübrige; andererseits soll die zweite Kommission sachlich den Entwurf gebilligt haben (Planck Anm. 2 ad § 1951). Es enthält auch der § 1951 im Ergebnis keine Abweichung: Aus dem Satz 2 des Absatzes 2 ergiebt sich *argum. contr.*, dass an sich Testament und Erbvertrag selbständige Berufungsgründe sein müssen. Mit der Zweiteilung des römisch-gemeinen Rechtes und obigen Anschauungen lässt sich dieses Resultat zwanglos vereinigen. Innerhalb des einen „näheren" Berufungsgrundes — Wille des Erblassers — ergiebt sich als „nächster" Grund der Berufung „jede erkennbar selbständige Willensbildung des Erblassers" (Silverberg S. 20). Durch den Absatz 2 Satz 2 des § 1951 wird,

wohl nur aus praktischen Gründen, bestimmt, dass eine Mehrheit von Testamenten bezw. mehrere zwischen denselben Personen geschlossene Erbverträge als Einheit und demgemäss als ein Berufungsgrund zu gelten hätten.

An sich wäre nun auch innerhalb des anderen näheren Grundes, des Gesetzes, eine Teilung möglich. Man will besondere Berufungsgründe annehmen, wenn Jemand zugleich in mehreren Ordnungen oder zugleich als Verwandter und Ehegatte berufen ist.[1]) Aus dem § 1951 Abs. 2 Satz 2 soll es sich insofern ergeben, als derselbe — wie eben klargelegt — beweise, dass an sich jedes Testament und jeder Erbvertrag, mit anderen Worten „jede erkennbar selbständige Willensbildung des Erblassers" einen besonderen Berufungsgrund bilde und deshalb dasselbe für die gesetzlichen Berufungen zu gelten habe; eine diesbezügliche Vorschrift sei entweder vergessen oder als selbstverständlich fortgelassen. Da hierauf eingewendet wird, der Gesetzgeber habe in bewusster Absicht die mehreren gesetzlichen Berufungen als einen Grund behandelt, da er dieses auch mit den verschiedenen Berufungen durch Testamente oder mit denselben Personen abgeschlossene Erbverträge thue (Strohal S. 305; allerdings im Widerspruch mit Silverberg), so befinden wir uns in einem *circulus vitiosus*, der zu keiner Entscheidung führt.

[1]) Fischer-Henle Anm. 1 ad § 1951, Staudinger Anm. 2 ad § 1949, Kuhlenbeck Anm. 1 ad § 1948.

Die andere Methode, einen Beweis nach allgemeinen Gesichtspunkten zu finden, versagt ebenfalls. Silverberg, der den näheren Berufungsgrund „Wille des Erblassers" in die nächsten Berufungsgründe „jede erkennbar selbständige Willensbildung des Erblassers" auflöste, hält eine analoge Auflösung des Willens des Gesetzgebers für unstatthaft: „Wenn die Thatbestände Verwandtschaft und Ehe nebeneinander oder Verwandtschaft mehrfach beim Erbfall bezüglich einer Person vorlägen, so qualifizierten sie diese Person als die zu berufende. Sie seien aber bestimmt vorhanden oder sie seien bestimmt nicht vorhanden, beides unabhängig von irgend einem Willen. Sei aber eine bestimmte Person da, die mit dem Erblasser mehrfach verwandt oder verschwägert sei, so habe sich das Gesetz gezwungen, sie zu berufen, weil es schematisch bestimmt habe: Eine Person, die in dem oder dem familienrechtlichen Verhältnisse zum Erblasser gestanden hat, berufe ich zum Erben" (Silverberg S. 42). — Damit ist gleichzeitig die neue Streitfrage angeschnitten: Geht an alle Ordnungen gleichzeitig die Berufung oder nicht? Planck entscheidet sich für die erste, Binder ebenso energisch für die zweite Auffassung.[1])

[1]) Binder S. 112. — Was § 1936 beweisen soll, ist mir nicht recht klar; das fiscalische Erbrecht muss man stets mit Vorsicht behandeln. Aus § 1930 geht meines Erachtens nur hervor, dass die eine Ordnung erschöpft sein muss, bevor die andere erben kann; m. a. W. § 1930 bestimmt nicht die Zeit- sondern die Rangfolge der Berufung.

Weil es nun von so vielen Vorfragen abhängt, ob man innerhalb des Gesetzes mehrere Berufungsgründe unterscheiden will, schliesst man sich am besten derjenigen Ausführung an, welche sich ohne Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte und die entschieden etwas mangelhafte Fassung des Gesetzestextes nach logischen[1]) und allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergiebt. Letztere erlauben nicht, den konkreten Thatbestand als Berufungsgrund zu betrachten,[2]) sondern lediglich als Voraussetzung für das Gesetz, (welches selbst — qua Gesetz — beruft) eine bestimmte Person zu berufen.[3])

Das Ergebnis ist demnach: Inhaltlich haben wir den § 2037 des Entwurfs I übernommen; ob wir Testament und Erbvertrag als nähere oder als nächste Berufungsgründe betrachten wollen (vergl. Meyer S. 4. 51), ist für die Auslegung des § 1951 ziemlich unerheblich. Wer zu mehreren Erbteilen berufen ist, kann den einen ausschlagen, den anderen behalten, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht; diese sind Gesetz, Testament und Erbvertrag.[4])

[1]) Von hier aus entfällt eine weitere Kritik der Anschauung Cosacks (S. 707), dass nur die Berufung als Verwandter und Ehegatte auf verschiedenen Gründen beruhe.

[2]) So Staudinger und Binder (S. 112); dass die Paragraphen 1944, 1949 anderenfalls sinnlos, § 1948 für seine Ansicht beweiserheblich sei, lässt sich sehr bestreiten.

[3]) Silverberg S. 13, 42; Walter S. 21,26.

[4]) Ausser den erwähnten Schriftstellern: Matthias S. 453, Müller & Meikel S. 442, Endemann S. 346, 347; Wilke Anm. 2 ad § 1951; — mit Bedenken Frommhold Anm. 4 ad § 1949.

Der Mangel einer befriedigenden Entscheidung kann dem Erben, der ein Teil ausschlägt, um so verhängnisvoller werden, als die Ausschlagung zugleich für alle anderen, selbst später anfallende Teile gilt.[1]) Natürlich wird Einheit der Berufung vorausgesetzt, so dass der Fall nicht unter die Bestimmung des § 1951 Abs. 2 fällt, dass der Erbe zu dem einen Teil als Vorerbe zu dem anderen als Nacherbe berufen ist.

---

[1]) Hierin kann unter Umständen eine grosse Härte liegen; es zeigt sich aber die Consequenz des Gesetzes in dem einmal eingenommenen Standpunkt bezüglich der absolut und relativ selbständigen Berufung. Silverberg S. 46.

§ 7.

Die Wirkung der Ausschlagung im Allgemeinen.

Die Wirkung der Abstention ist, „dass die Sache im Ganzen in die Lage kommt, wie wenn der Abstinierte nie Erbe gewesen wäre,“[1]) denn es heisst: *hunc qui abstinuit praetor non habet heredis loco;* der *suus* wird dem Effekte nach ebenso gestellt, wie der *emancipatus*, welcher die Erbschaft ausschlug.[2]) Hinsichtlich der Ausnahmen von dieser Regel kann aber nicht, wie es Witte[3]) thut, zwischen der Wirkung für den *suus* selbst und für dritte unterschieden werden, so dass man etwa sagt, die *incommoda* würde dem *suus* abgenommen, sondern es erscheint am zweckmässigsten, die Folgen aus eben erwähnter und anderen bezüglichen Stellen im Einzelnen darzustellen.[4]) Die Schulden erlöschen mit Sicherheit,[5]) mögen nun den Gläubigern

[1]) Mühlenbruch S. 356. — „Die Wirksamkeit einer vollständigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Sintenis S. 644) — l. 12 pr. D. 11,1.

[2]) l. 20 § 4 D. 29,2; l. 89 D. 30.

[3]) S. 861.

[4]) Sintenis S. 644 Anm. 7, Mühlenbruch Bd. 43 S. 126.

[5]) Schutz gegen die Erbschaftsgläubiger bei überschuldeter Erbschaft ist der treibende Gedanke des ganzen Instituts. Windscheid Anm. 7 ad S. 411.

die Klagen nicht gegeben werden[1]) oder dem Abstinierenden eine *perpetua exceptio*[2]) dagegen zustehen.[3])

Witte[4]) weist treffend auf den analogen Fall des *fiduciarius heres* hin, der *ex* S. C. Trebellianio restituiert hat; obwohl es im S. C.[5]) selbst hiesse, die Klagen werden nicht dem Erben und gegen ihn, sondern direkt dem und gegen den *fideicommissarius heres* gegeben, und an anderen Stellen,[6]) der Erbe habe nur ein *exceptio* — so bestände doch kein Zweifel über den vollständigen Schutz des *fiduciarius heres*.

Die Abstention des *suus* erstreckte sich sogar auf eigene Schulden des Erben, die zu Lebzeiten des Testators gemacht waren; er haftete nur *cum eo quod facere potest.*[7]) Von Fideikommissen wird bald behauptet sie erlöschen, bald, sie beständen fort. Darin liegt kein Widerspruch. Zwar ist der Erbe nicht mehr zu ihrer Gewährung verpflichtet,[8]) es sei denn, der Prätor habe ihm dieserhalb zur Antretung der Erbschaft *(immixtio)* gezwungen, aber die Anordnung als

[1]) l. 57 pr. D. h. t.: *ut actio non detur.*

[2]) l. 112 D. 50,17: *nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.*

[3]) l. 12 pr. D. 11,1: *si filius, qui se abstinuit, interrogatus tacuerit, succurrendum est ei;* ebenso l. 89 D. 29,2.

[4]) S. 861 Anm. 38.

[5]) l. 1 § 2 D. 36,1: *actiones — dari his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset.*

[6]) l. 1 § 4, l. 27 pr. eod.

[7]) l. 49 D. 42,1; l. 2 C. 4,26.

[8]) l. 1 § 4 D. 36,4: *si certum sit, abstentos necessarios heredes . . . cum certum sit legatum vel fideicommissum non deberi.*

solche bleibt allerdings bestehen mit Wirkung gegen denjenigen, an den die Erbschaft gelangt.

Aehnlich steht es mit Vermächtnissen. Hier kehrt die gleiche Streitfrage wieder wie beim Schicksal der Erbschaft. Wer dort die Möglichkeit einer Intestatsuccession leugnet, kann auch das Erlöschen von Vermächtnisspflichten für keinen Fall zugeben. Witte[1]) macht für seine Ansicht geltend, dass bei der Erbfolge des *suus ab intestato* die Vermächtnisse in gleicher Weise bestehen bleiben müssten wie bei einem *ex testamento* ausschlagenden und *ab intestato* annehmenden *extraneus* nach dem Edict *si quis omissa causa*, D. 29,4. Ausserdem läge in einer Antretung *ab intestato* stets eine Immixtionshandlung des *suus*, so dass er wiederum hafte, als habe er nie abstiniert. Erwähntes Edict gehe aber nicht nur gegen den wahren Erben sondern gegen jeden Erbschaftsbesitzer, so dass auch die Erlangung der Erbschaft durch *bon. poss.* den weiter Berufenen nicht zu statten käme, überhaupt jeder, der ein Stück der Erbschaft irgendwie besässe,[2]) unter das Edict fiele. — Für den *suus* der *ab intestato* antritt, ist dieses auch gar nicht bestritten,[3]) ob aber das Edict ohne Weiteres Platz greift, wenn irgend Jemand Erbschaftsstücke nicht auf Grund eines bezüglichen Testaments in Händen hatte, scheint mindestens zweifelhaft. Die *ratio legis*

[1]) S. 870.

[2]) l. 1 § 9 D. 29,4: *nam quoque iure possidcant hereditatem vel partem eius, conveniri ex edicto potuerunt.*

[3]) Mühlenbruch S. 365.

geht dahin, einer *fraus* des Erben vorzubeugen, letztere kann aber fehlen, trotzdem der äussere Thatbestand von D. 29,4 gegeben ist.[1]) So findet sich die wohlbegründete Meinung mehrfach vertreten, dass im Allgemeinen der Intestatsuccessor von der Zahlung der Vermächtnisse befreit ist, wobei man sich auf erwähnte l. 1 § 4 D. 36,4 stützt.[2])

Ferner erlöschen alle Pflichten, die aus dem Miterbenverhältnis resultieren, insbesondere zur Collation.[3]) Wesentlich ist dieses nie bestritten.[4])

Den Fortfall von Verfügungen, die der Erblasser über das Vermögen des *suus* getroffen, glaubt Mühlenbruch trotz Fehlens von Belegen als sicher annehmen zu dürfen; er wird kaum auf Widerspruch stossen.

L. 86 § 1 D. 29,2 lautet: *pupillis quos placuit oneribus hereditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet;* scheint deshalb nur für *extranei*, die gegen den Erbschaftsantritt *in intregum* restituiert sind, zu gelten. Da aber die *abstentio*, wie häufig hervorgehoben, durch-

[1]) Welches wäre sonst die Bedeutung einer Intestatklausel nach l. 6 pr. D. 29,4?

[2]) Mühlenbruch S. 384; Köppen S. 199; Windscheid Anm. 3 ad S. 412, Anm. 2 ad S. 594: „l. 22 D. 4,4 sagt nur, dass der Minderjährige die gezahlten Vermächtnisse nicht zu ersetzen brauche, nicht dass sie von den Gläubigern nicht zurückgefordert werden können."

[3]) l. 9 D. 37,7: *ergo non tantum data (dos) apud maritum remanebit, sed et promissa exigetur a fratribus; et est aeris alieno loco.*

[4]) Mühlenbruch S. 358 Anm. 56, Sintenis S. 644, Köppen S. 199, Witte S. 861.

aus der i. i. r. entspricht, können wir alle für diese geltenden Grundsätze im Zweifel auf jene anwenden.[1]) Dabei müssen wir aber ein selbständiges Kindesvermögen voraussetzen, das allerdings in neuerer Zeit auf jede Weise begründet werden konnte. Dann kommt obiger Satz zur Anwendung nicht nur auf obligatorische Ansprüche des *suus* sondern auch auf dingliche Rechte, selbständige Erbrechte, z. B. als Vermächtnisnehmer,[2]) wenn nicht in letzterer Beziehung der Erblasser seinen entgegenstehenden Willen ausdrücklich[3]) erklärt hat.

Von dieser umständlichen, in einzelnen Punkten spitzfindigen Untersuchung über das Fortwirken der Erbenqualität sind wir im B. G. B. verschont geblieben. Da jeder, auch der später eintretende, Erbe kraft Gesetzes sofort mit dem Erbfall erwerben soll,[4]) dürfen für den Zurücktretenden keinerlei Beziehungen zur Erbschaft zurückbleiben, geschweige denn über die Ausschlagung hinaus fortbestehen. Die Fiction des *ipso iure* Erwerbes musste durch die ebenso starke Fiction des § 1953 Abs. 1 aufgehoben werden; letztere Bestimmung zieht nur die Konsequenzen des Erwerbes kraft Gesetzes (Motive S. 513).

[1]) Köppen S. 200, Sintenis S. 644, Witte S. 861.

[2]) l. 87 D. 30.

[3]) l. 88 D. 30: *sed si non alias voluit pater habere eum legatum, nisi hereditatem retineat, neque ei dandam legati petitionem constat.*

[4]) Ob die Berufung in diesem Augenblick erfolgt, ist eine andere Frage.

Es treten daher alle bei dem Erbfall durch Confusion erloschenen Rechte ohne Weiteres wieder in ihre Geltung ein, insbesondere Vorteile, die dem Ausschlagenden nicht als Erbteile zugedacht sind, wie Vorausvermächtnisse (§ 2150).[1])

Rechte, die unabhängig von der Erbenqualität überhaupt sind, werden natürlich weder durch *abstentio* noch durch die Ausschlagung berührt.

Für das gemeine Recht sind besonders erwähnt: Die Befugnis, das Erbbegräbnis zu benutzen,[2]) Patronatsrechte gegen den väterlichen Liberten,[3]) Klagen wegen der dem *suus* zu Lebzeiten des Vaters zugefügten Beleidigungen.[4])

Wie wir schon mehrfach sahen, konnte der Prätor den Satz: *Semel heres, semper heres*,[5]) zu Gunsten des *suus* nicht aufheben; *non est sine herede qui suum heredem habet, licet abstinentem se.*[6]) Die Wirkungen, welche sich daraus ergeben, sind folgende:

Die Freilassungen von Sklaven blieben stets in Kraft, sowohl dann, wenn jene ohne Weiteres durch Inkrafttreten des Testaments frei wurden,[7]) (ihnen war die *directa libertas* verliehen) wie dann, wenn die Frei-

[1]) Planck Anm. 1 ad § 1953.
[2]) l. 6 pr. D. 11,7.
[3]) l. 9 pr. 37,14.
[4]) l. 17 § 22 D. 47,10.
[5]) l. 88 D. 28,5.
[6]) l. 30 § 10 D. 40,5.
[7]) l. 32 D. 40,1.

lassung dem *suus* anheimgegeben war. Abstinierte sich dieser, war sein Aufenthalt unbekannt, oder starb er vor der Abstention, so bewirkte der Prätor die Manumission mit voller Geltung auf Grund des S. C. Dasumianum.[1])

Substitutionen bleiben trotz der Abstinenz des *suus* in Kraft. Der einem mündigen *suus* (*vulgariter*) Substituierte erwirbt die Erbschaft aus dem Willen des Testators und trägt die auf ihr ruhenden Lasten.[2])

Hat dagegen der Erblasser einem *suus impubes* substituiert, so liegen die Verhältnisse derartig kompliziert, dass sie hier nur angedeutet werden können. Einmal wird im Zweifel eine Vulgarsubstitution als Pupillarsubstitution gedeutet;[3]) zweitens verfügt das pupillarische Testament über zwei Erbschaften, gilt aber als Einheit; gemeinsame Berufung aus dem Willen des Testators.[4]) Aus beiden Sätzen hat man den Schluss gezogen, dass ein Substitut die Erbschaften nicht trennen, sie nur gemeinsam annehmen oder ausschlagen könne. Windscheid[5]) lässt wenigstens einige Ausnahmen zu, Köppen[6]) verwirft die Bezeichnung als solche. Nach ihm darf keine der Erbschaften ausgeschlagen werden,

[1]) l. 26 § 7, l. 28 § 4, l. 30 § 6 D. 29,2; l. 22 § 2, l. 51 § 4, l. 5, l. 30 § 9—12 D. 40,5.

[2]) Witte S. 866, Mühlenbruch S. 360.

[3]) Sog. *Constitutio Divi Marci et Veri*, l. 4 pr. D. 28,6.

[4]) *Unum testamentum, licet duae sint hereditates*, l. 2 § 4 D. *eod.*

[5]) S. 274.

[6]) S. 536 Anm. 2.

sobald sie durch ihre Vakanz die Gläubiger benachteiligen würde; das wird verhindert durch die Existenz eines Miterben oder weiteren Substituten. Richtig ist, dass eine Stelle[1]) die Trennung dem Substituten, dem nicht wiederum Jemand substituiert ist, verbietet; richtig ist auch, dass einem Substituten die Trennung gestattet ist, wenn er nur zum Teil auf die Erbschaft des Testators eingesetzt ist, also mit einem Miterben.[2]) Da Miterben und Substituten rechtlich meist gleich behandelt werden, lässt sich Köppens Konstruktion begreifen; es bleiben aber die Stellen bestehen, die dem Substituten vorbehaltslos die Trennung gestatten.[3]) Ihre Begründung trifft zu, auch wenn ein Miterbe oder Substitut des Substituten vorhanden. Erstens, werden die Miterben oder weiteren Substituten ebensowenig die *suspecta hereditas* des Pupillen annehmen wie der Substitut selbst; der Pupill bleibt also ohne Erben, was als ihm nachteilig vermieden werden soll. Zweitens, bleibt der Substitut, falls er ein *necessarius* des Pupillen, stets in der Lage, die Erbschaft des Pupillen gesondert *ab intestato* zu erlangen;[4]) für ihn ist daher ein Trennungsverbot überflüssig. Mühlenbruch[5]) kommt schliesslich zur Entscheidung, dass eine Lossagung von der väterlichen Erbschaft stets zulässig ist, falls der zunächst berufene

[1]) l. 10 § 4 D. 28,6.
[2]) l. 40 D. 29,2.
[3]) l. 42 D., l. 41 D. 29,2; l. 27 § 5 D. 36,1.
[4]) l. 42 pr. D. 29,2.
[5]) S. 363.

suus impubes sich nicht immisciert hatte; mit alleiniger Ausnahme des *extraneus*, dem ein weiterer Substitut mangelt. Dadurch wird die Sachlage wenigstens sehr vereinfacht, auf eine Lösung der Streitfrage scheint man verzichten zu müssen. Einen weiteren Vorteil gewinnt man, wenn man Dernburg[1]) beipflichtet, dass die *Constitutio Divi Marci* für das gemeine Recht nicht mehr gilt. Es kann also nicht mehr ein in *casum vulgarem* Substituierter die Erbschaft des Pupillen beanspruchen bezw. zu ihrer Annahme gezwungen werden; nicht ein *in casum pupillarem* Substituierter die Erbschaft des Testators verlangen; es kann nicht mehr zweifelhaft sein, welche Rechte einem gesondert in *casum vulgarem* und in *casum pupillarem* Substituierten zustehen.[2])

Dass bisweilen Vermächtnisse aufrecht erhalten werden, ist bereits erwähnt.[3]) Mag man die folgenden Fälle als Ausnahmen ansehen oder als Regel, sie sind unbestritten. Einmal, wenn das Testament eigentlich ungültig ist, aber aufrecht erhalten wird, da der Grund seiner Nichtigkeit wieder fortfällt; wenn nämlich ein *praeteritus suus* auf seinen Teil verzichtet und dieser seinen Brüdern anwächst.[4])

---

[1]) S. 172.

[2]) Witte S. 866.

[3]) Miterben und Substituten, die aus dem Testament erben, müssen selbstverständlich die Vermächtnisse entrichten.

[4]) l. 17 D. 28,3: *licet subtilitas refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex aequo et bono tuebitur.*

Dann, in allen Fällen, wo das *edictum, si quis omissa causa* verletzt ist, was aber nicht einmal beim *suus* immer der Fall zu sein braucht.

Schliesslich, falls der Erblasser durch Codizill[1]) seine Vermächtnisse auch bei Eintritt der Nacherbfolge aufrecht erhält.

Auch der Fiscus, als Besitzer der *bona vacantia*, wird zur Zahlung der Vermächtnisse herbeigezogen, aber nur bis zur Höhe des Wertes des Nachlasses und wenn dieser solvent ist.[2])

So wenig wie dem *edictum, si quis omissa causa testamenti* die Fiction zu Grunde lag, dass der Erbe sich nicht von der Erbschaft gänzlich los machen könne, sondern die Rücksicht auf die Bedachten bezw. den letzten Willen des Erblassers — kann man von einem Fortwirken der Erbenqualität infolge der §§ 2161, 2192 sprechen; wohl aber von einem Fortbestand des Testaments, dass in den anderen Beziehungen durch Ausschlagung ausser Kraft tritt. Beschwert kann natürlich nur eine Person sein, die irgend etwas aus den Mitteln der Erbschaft erlangt hat, nicht notwendig ein Erbe. Damit ist zugleich das im Edict liegende Verschuldungsmoment beseitigt, zur Erfüllung der Beschwerung kann z. B. ein Vermächtnisnehmer angehalten werden, der das Vermächtnis für den Fall erhielt, dass der zunächst Bedachte eine Bedingung nicht erfüllte. Jener muss

[1]) l. 6 pr. D. 29,4.
[2]) l. 96 § 1 D. 30; l. 6 § 3 D. 36,1.

also ein Vermächtnis zahlen, mit dem der erste Vermächtnisnehmer wiederum beschwert war, weil dessen Wegfall ihm unmittelbar zu Gute kam.

Will man nun eine Erklärung darin finden, dass der *suus* nach Civilrecht immer Erbe bleibt, oder dass der Wille des Gesetzgebers, der Abstention rückwirkende Kraft beizulegen, an den thatsächlichen Verhältnissen und dem Schutzbedürfnis gutgläubiger Dritter scheitert, — die Verfügungen, welche der *suus* vor der Abstention traf, bleiben im Allgemeinen gültig, falls sie *bona fide* erfolgten und dem Interesse der Erbschaft dienten.[1]) Die Quellenstellen sprechen zwar nur von einem abstinierenden Pupillen, der keiner i. i. r. bedarf, wenn er sich immiscierte. Es scheint aber unbedenklich, die gleichen Vorschriften[2]) für einen grossjährigen *suus* gelten zu lassen, falls er sich noch abstinieren kann, vielleicht durch i. i. r. Dann aber steht er wieder einem restituierten *extraneus* gleich, dessen Dispositionshandlungen sicher in Kraft bleiben.[3])

Der Erbschaftsschuldner z. B. wird wirksam befreit:[4]) ist der *suus* verurteilt, so kommt dem endgültigen Erben die gegen jenen erwirkte *actio judicati* zu Gute.[5])

Zahlt der *suus* den Erbschaftsgläubigern, so wird er ihnen und den anderen Gläubigern gegenüber befreit, wenn die Befriedigung *bona fide* erfolgte; die un-

[1]) Köppen S. 191, l. 44 D. 29,2; l. 6 § 1 D. 42,5.
[2]) Mühlenbruch S. 384, 385.
[3]) l. 31 D. 4,4.
[4]) l. 90 D. 46,3.
[5]) l. 44 D. 42,1.

befriedigten Gläubiger hätten ja Acht geben und ihre Forderungen ebenfalls geltend machen können.[1])

Hatte der *tutor* oder *curator* die Gläubiger, z. B. durch Unterschlagung von Erbschaftsstücken, oder den Mündel durch seine Verwaltung — wozu auch die Abstinenz gehört — geschädigt, so war er ihnen verhaftet.[2])

Der *suus*, welcher aus seinem Vermögen gezahlt hatte, kann Ersatz vom befriedigten Gläubiger verlangen oder in Höhe seiner Forderung Erbschaftsstücke zurückbehalten bezw. vom Gläubiger einklagen.[3])

Der endgültige Erbschaftsbesitzer ist berechtigt, Vermächtnisse als *indebite* gezahlt zurückzuverlangen, wenn er nicht zu ihrer Anerkennung aus anderen Gründen verpflichtet ist.[4])

Da der *tutor* im Besitze der Erbschaft war, konnte er sich, falls die Masse sich insolvent zeigte, leicht für seine Forderung eine grössere Quote anrechnen wie sie die anderen Gläubiger später erhielten. Abstinierte nun der *suus*, so musste jener sich ebenso wohl einen Abzug gefallen lassen wie ein vom *suus* vorzugsweise befriedigter Gläubiger, so dass schliesslich alle gleiche Anteile erhielten.[5])

---

[1]) l. 24 D. 42,8; l. 61 D. 12,6.

[2]) l. 18 D. 27,3; l. 17 (19) D. 19,2; l. 14 C. 5,51; l. 19 § 1 D. 16,1; l. 3 § 17 D. 26,10.

[3]) l. 6 § 2 D. 42,5.

[4]) l. 5 D. 12,6.

[5]) l. 44 D. 2,14; l. 59 D. 26,7.

Die Gründe, welche oben angeführt wurden, um zu erklären, dass Verfügungen auch nach der Abstention aufrecht erhalten bleiben, treffen gleichfalls für das geltende Recht ein. In Wirklichkeit stösst das B. G. B. mit der Bestimmung des § 1959 Abs. 2 und Abs. 3, der eine — allerdings nur scheinbar — casuistische Regelung der Dispositionshandlungen giebt, die nach der Ausschlagung in Kraft bleiben, den Grundsatz von der Zurückbeziehung der Ausschlagung auf den Erbfall mindestens zum Teil um.

Ueber den Umfang der bezüglichen Handlungen ist man sich im Allgemeinen einig, indem man darunter zunächst dingliche Verfügungen versteht, die nicht ohne Nachteil für den Nachlass aufgeschoben werden können. Danach sind wirkliche Verpflichtungen stets ungültig, wie die Verpflichtung zur Verfügung über einen Gegenstand oder zur Eingehung einer anderen Verbindlichkeit in Bezug auf den Nachlass. Häufig liegt auch in der Annahme einer Leistung eine nach § 1959 Abs. 2 unzulässige Verfügung; der provisorische Erbe muss aber trotzdem dazu berechtigt sein, damit der endgültige nicht in Verzug gerät.[1]) So bestimmt § 1959 Abs. 3, dass alle (einseitigen) Rechtsgeschäfte, die gegenüber dem Erben als solchen[2]) vorgenommen werden müssen,

[1]) Prot. S. 660.

[2]) Die Vornahme gegenüber dem Konkursverwalter wäre ohne Wirkung, weil nur der Erbe das Recht hat, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Jäger S. 97 No. 3, Wilke Anm. 4 ad § 1959.

nach der Ausschlagung wirksam bleiben (was voraussetzt, dass sie schon vorher wirksam geworden waren). Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, die nach Absatz 2 nicht gültig sind, ist der endgültige Erbe zur Anfechtung berechtigt, der andere Teil gebunden. Praktisch hat die ganze Beschränkung nicht viel Sinn, denn wie Planck bemerkt, kann nach § 1959 Abs. 1 jedes Rechtsgeschäft als *negotiorum gestio* aufgefasst werden; ehe nun der endgültige Erbe den vorläufigen von seiner Verbindlichkeit gemäss § 257, 670, 683 befreit, wird er lieber direkt die von letzterem eingegangenen Verbindlichkeiten erfüllen.[1])

Uebrigens ist es für die Wirksamkeit gegenüber Dritten gleichgültig, ob der Dritte um das Ausschlagungsrecht des provisorischen Erben wusste oder nicht. Doch muss er letzterenfalls die Unwirksamkeit gegenüber dem endgültigen Erben oder einzelnen Gläubigern gelten lassen, wenn diese ein ihm bekanntes gerichtliches Veräusserungsverbot erwirkt hatten. Selbstverständlich bleiben auch die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens und den öffentlichen Glauben des Grundbuchs unberührt.[2])

Der Besitz an sich gehört nicht zur Erbschaft, teilt aber ihr rechtliches Schicksal. Wenn der provisorische Erbe ausschlägt, gilt der Besitz, den er faktisch beim Erbfall resolutiv-bedingt erwarb, nicht ihm sondern

---

[1]) Planck Anm. 3, 4 ad § 1959; Staudinger Anm. 3 ad § 1959.

[2]) Neumann S. 1099.

dem endgültigen Erben zur Zeit des Erbfalls übertragen. Befand sich aber der Erbe im thatsächlichen Besitz von Erbschaftsstücken, so wird letzterer nicht durch die blosse Ausschlagung sondern erst nach § 856 Abs. 1 beendigt.[1])

Diese äussere Inconsequenz wird von Binder[2]) heftig bekämpft; der Besitz könne alle Mal erst durch Verlust der thatsächlichen Gewalt verloren gehen. Trotz der Besonderheit des Besitz*erwerbs* gelte keine Besonderheit für den Besitz*verlust*. Eine, von § 857 verschiedene, Besitzergreifung nach § 854 erkennt er nicht an; „ergreife der Erbe die thatsächliche Gewalt, so liege nicht Besitz*ergreifung* sondern Besitz*ausübung* vor."

Gleichzeitig giebt er aber zu,[3]) dass § 857 auf einer vollkommenen Verflüchtigung des dem Besitz zu Grunde liegenden realen Moments beruht,[4]) insofern von § 854 verschieden ist. In der Besitz*ergreifung* des § 854 ist sicher ein reales Moment enthalten, den Besitz selbst bezeichnen die Protokolle[5]) im wesentlichen als eine Rechtsposition,[6]) die weder die dauernde Entfaltung der

---

[1]) Strohhal, Sachbesitz, S. 102, 103; Planck Anm. 1 ad § 1953; Kuhlenbeck B. G. B. *eod.*; Wilke *eod.*

[2]) S. 60.

[3]) S. 52 Anm. 54.

[4]) Der Besitzerwerb des Erben kraft Gesetzes steht mit den sonstigen auf den Besitz bezüglichen Normen des B. G. B. nicht im Einklang (Binder S. 45).

[5]) S. 650 ff.

[6]) Ein Zugehörigkeitsverhältnis. Binder S. 47; Strohal, Sachbesitz, S. 60.

thatsächlichen Gewalt noch den *animus rem sibi habendi* in jedem Augenblick voraussetze; § 854 gäbe nur die Voraussetzung der Erlangung des Besitzes an. Andererseits ist Binder darin beizupflichten, dass bei derivativem Besitzerwerb von einer Fortdauer des Besitzes nicht gesprochen werden kann. Für den Besitzerwerb nach § 854 ist also Aufwand von thatsächlicher Gewalt erforderlich, für den Erwerb nach § 857 wird davon abgesehen.[1])

Trotzdem sind die absoluten Wirkungen des vererbten Besitzes nicht schwächer, da alle Rechte aus dem Besitze fortbestehen bezw. ebenfalls neu begründet werden. Dem Begründer indessen verleiht der Besitz nach § 857 nur ein resolutiv-bedingtes, der Besitz nach § 854 ein endgültiges Recht.

Also endigt der nach § 857 erworbene Besitz rückwirkend mit dem Erbfall (§ 1953 Abs. 2); der nach § 854 erworbene mit dem Verlust der thatsächlichen Gewalt (§ 856 Abs. 1).

---

[1]) Trotzdem sind Fälle denkbar, dass der Tod des Erblassers unter Umständen erfolgte, welche in Bezug auf die beim Erblasser befindlichen Gegenstände es als unmöglich erscheinen lassen, dass der Erbe ihren Besitz erwirbt. Binder S. 53 ff.

§ 8.

Das Schicksal der Erbschaft ins Besondere.

Welches war nun das Schicksal der Erbschaft, wenn der *suus* sich abstinierte? — Einige meinen, sie sei als *destitutum* zu betrachten,[1]) andere wollen sie wenigstens in einigen Fällen weiter vergeben. Wenn z. B. der Testator einen *substitutus* ernannt hatte, geht auf diesen die Erbschaft mit allen Rechten und Pflichten über.[2]) Die Gegner stützen sich darauf, dass der *suus* Erbe geworden wäre und eine Substitution nur für den Fall angeordnet werden könne, dass er *heres non extiterit*. Dieser Auffassung wird dadurch Rechnung getragen, dass dem Substituten die *actiones* als *utiles* gegeben werden, indessen die Erbschaft erhält er. Nicht minder berechtigt ist der Miterbe,[3]) falls der *suus* ausschlägt. Man spricht in diesem Fall besser von „Zufall“[4]) wie von Accrescenz,[5]) da der *suus iure civili* Erbe bleibt.

[1]) A. M. z. B. Arndts S. 486.
[2]) l. 44 D. 42,1.
[3]) *coheredes* stehen überall wie Substituten zu einander.
[4]) Witte S. 866, 867; Holzschuher S. 922.
[5]) So Köppen S. 200, Göschen S. 495.

Hat der Miterbe erst nach erklärter Accrescenz angetreten bezw. sich immisciert, so fällt ihm der Erbteil des abstinierenden *suus ipso iure* mit allen Lasten zu, ohne dass er dagegen das *ius abstinendi* hätte. Denn er kannte das Schicksal, das ihm drohte, und wird deshalb angesehen, als ob er mit dem Anfall der Portion des *suus* einverstanden gewesen wäre.[1]) Hatte er aber vor der Abstinenz sein Erbteil endgültig erworben, so bleibt ihm die Wahl, auch auf diesen zu verzichten oder den freiwerdenden *cum onore suo* hinzuzuerwerben. Er abstiniert sich demnach aus der Person des *suus* ähnlich dem *extraneus coheres*, der sich gegen den Antritt der Erbschaft bei Accrescenz *in integrum* restituieren lässt,[2]) womit wiederum die Aehnlichkeit zwischen letzterem Akt und der Abstention bewiesen ist.[3])

Dunkel bleibt l. 55 D. 29,2: Man erklärt diese entweder so, dass der Erbe mit Genehmigung der Gläubiger den erworbenen Teil behalten darf, die Gläubiger in den vakanten Erbteil eine *missio in bona* nachsuchen können (das ist eine Privatabmachung, die nicht gesetzlicher Sanction bedarf) — oder so, dass die Gläubiger das Recht verleihen können, sich von dem ersten Teil ebenfalls loszumachen; geben sie die Erlaubnis nicht, so soll der Erbe den anwachsenden Teil nebst den damit verbundenen Forderungen frei behalten (es ist

[1]) l. 38 D. 29,2: *qui enim scit aut scire potuit illo abstinente se oneribus force implicitum, ea conditione adire videtur.*

[2]) l. 61 D. 29,2.

[3]) Mühlenbruch S. 367.

nicht anzunehmen, dass den Gläubigern erwähntes Recht zusteht). — Am besten verzichtet man auf eine Erklärung, indem man mit Mühlenbruch[1]) annimmt, dass etwas ausgefallen ist.

Was für den Miterben gilt, muss auch für seinen Erben gelten, man betrachtet die Erbschaft als ihm jetzt erst deferiert.[2])

Zum Schlusse kommt noch der gleichgestellte Fideicommissar in Betracht, dem die Erbschaft schon teilweise herausgegeben war und der nun von der Anwachsung betroffen wird. Er kann seine Portion annehmen oder auf das Ganze verzichten, worauf meistens ein Güterverkauf stattfindet, dessen Ueberschuss dem *pupillus* herauszugeben ist.[3])

Weit grössere Schwierigkeiten bietet die Beantwortung der Frage, welches das Schicksal der frei werdenden Erbschaft ist, wenn keine der soeben erwähnten Personen vorhanden ist oder einen Anspruch darauf erhebt.

Als Vertreter der Meinung, welche man wohl als die ältere bezeichnen darf, dass nämlich die insolvente Erbschaft an die Gläubiger, die solvente an den Fiscus falle, ist vor allem Witte[4]) zu nennen.

Sein Hauptargument bildet die l. 2 (ultima) D. 38,9,

[1]) S. 367 Anm. 84. — Aehnlich argumentiert Vangerow, Pand., Anm. 7 ad S. 316.

[2]) Mühlenbruch S. 368.

[3]) l. 79 D. 36,1.

[4]) S. 865 ff.

das sog. *edictum successorium.*[1]) Nun ist dasselbe aber unpraktisch geworden, dadurch dass Nov. 118 cap. 4 den Unterschied zwischen agnatischem und cognatischem Erbrecht beseitigt.[2]) Aus dieser Stelle glaubt deshalb Mühlenbruch[3]) nur folgern zu dürfen, dass die Erbschaft mangels anderer Successionsberechtigter an den Fiscus fällt, falls der zuerst Berufene sich gegen den Erwerb hatte restituieren lassen. Ferner bringt Witte drei Fälle vor, in denen die Erbschaft unzweifelhaft nicht an den Fiscus gelangt, um aus ihrem Charakter als Singularitäten[4]) *per argumentum a contrario* eine Stütze für seine Behauptung zu finden. Erstens, der *patronus* ist erbberechtigt, falls der *suus* abstiniert;[5]) *quamquam filius liberti nomine sit heres;*[6]) es sollen also Billigkeitsrücksichten massgebend gewesen sein.

Der zweite Fall bezieht sich auf das Erbrecht der Mutter des Erblassers, derem Erwerb zunächst noch der abstinierende *suus* im Wege stand.[7]) Wiederum heisst es: *ne nomen sui heredis noceat matri.*[8])

---

[1]) *inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit.*

[2]) Köppen S. 200 Anm. 2.

[3]) S. 383.

[4]) So auch, wenigstens hinsichtlich des zweiten Falls, Schweppe S. 248, Anm. 2.

[5]) An sich schliesst der *suus liberti* den *patronus* aus nach § 1 J. 3,7.

[6]) l. 6 § 2,3 D. 38,2.

[7]) l. 2 § 6 D. 38,17.

[8]) l. 2 § 8 D. 38,7.

Es erscheint deshalb doch etwas bedenklich, wie Mühlenbruch [1]) über diesen Zusatz hinwegzusehen und den Zweck jener Stellen lediglich darin zu erblicken, dass in ihnen die Gleichwertigkeit von der *abstentio* und der *in integrum restitutio* für die weitere Succession betont werden sollte. Das Successionsrecht aus dem S. C. Tertullianum weist allerdings manche Eigentümlichkeiten auf,[2]) so dass man l. 2 § 8 D. 38,17 m. E. am besten garnicht zum Beweise heranzieht.

Darin freilich ist Mühlenbruch beizustimmen, dass wir im dritten Falle[3]) ein Beispiel haben, dass dem weiteren Grade deferiert wurde; falls der *suus* des Erblassers abstinierte, succedierte dessen Bruder *iure consanguinitatis.* Witte[4]) will darin keine Anomalie sehen, weil hier und in einer offenbar zugehörigen Stelle[5]) von einem repudiierenden Erben die Rede ist, so dass man vielleicht an einen *sub conditione „si volet"* eingesetzten und deshalb als *extraneus* zu behandelnden *suus* denken kann. Aber, erstens heisst es in l. 6 C. 6,58: *suis extantibus heredibus, et abstinentibus vel repudiantibus*, und dann werden *abstinere* und *repudiare*, gerade wie *pro herede gerere* und *se immiscere,* durch einander gebraucht; um so eher kann dieses in den stilistisch nicht sehr sorgfältigen Konstitutionen ge-

[1]) S. 375.
[2]) Mühlenbruch S. 376.
[3]) l. 6 C. 6,58.
[4]) S. 867, 868.
[5]) l. 5 C. 6,31.

schehen sein. — Aehnlich verhält es sich mit Wittes Einwand, eine *bonorum possessio* für weitere Grade sei ausgeschlossen, weil häufig von einer *bonorum venditio* die Rede sei, also zwei Universalsuccessionen[1]) nach einander gegeben würden. Das wird auch garnicht behauptet; nur falls keine *bon. poss.* nachgesucht ist, werden die Gläubiger *in bona* immittiert.[2]) Dem widerspricht nicht, dass der Ueberschuss der solventen Masse von den Gläubigern dem *impubes suus* zu restituieren ist.[3])

Dass letztere den Ueberschuss behielten, falls der *suus* volljährig war, nehme ich gern mit Witte an; jedoch unter der Voraussetzung, dass die Erben nicht durch Erbittung einer *b. p.* die Masse an sich zu ziehen versucht hatten.

Nach Witte soll eine *b. p.* weiter deshalb unmöglich sein, weil sie stets *sine re* ist, wenn der in den früheren *ordines* Berechtigte die Erbschaft bereits wirklich erworben hat.[4]) Davon muss der Prätor aber immer erst Kenntnis haben[5]); wird also, zumal der *suus* seine Rechte nicht gelten macht, eine *b. p. cum re* erteilen können. Meldet sich der *suus* selbst, so wird man ihn auf Grund seines besonderen Erbrechtes[6]) — *ab intestato*

[1]) Pr. J. 3,12.

[2]) Göschen S. 496.

[3]) l. 79 D. 36,1; l. 6 pr. D. 42,5.

[4]) *si evincere hereditatem possit,* Ulpian 28,13; Cajus 3,36.

[5]) Die prätorische Erbfolge kennt das Recht des *suus* nicht. Schweppe S. 248.

[6]) l. 50 § 5 D. 38,2: *quamquam enim hic ipso iure, quippe suus heres deprehendatur, si tamen se non immiscuit hereditati ut*

— unbedenklich zur *b. p.* zulassen[1]); denn er kann doch *ex testamento* ausschlagen, *ab intestato* annehmen.[2]) Nun soll aber die Erbittung einer *b. p.* nach Witte lediglich eine Immixtionshandlung darstellen, und der *suus* dadurch zwar in den Besitz der Erbschaft kommen, wie sie ihm ursprünglich — *ex testamento* — zugefallen war; niemals aber in den lastenfreien Besitz. Dass die Annahme *ab intestato* für ihn keinen Zweck habe, weil er damit unter das Edict *si quis omissa causa* falle, darf man nicht einwenden; erstens kommt es nur auf die Zulässigkeit überhaupt an, und dann wird Witte nicht die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung bezweifeln, laut derer die Beschwerungen fortfallen, falls der *suus ab intestato* erwirbt.

Unsinnig aber ist es weder, dem *suus* eine zweite *b. p.* zu gewähren, noch überhaupt ihm eine solche zu erteilen. So gut wie der Prätor den Erwerb der Erbschaft als nicht geschehen betrachtet, kann er es auch mit der ersten *b. p.* thun. Andererseits erklärt er durch die *b. p.*, dass er nunmehr aufhöre, den Erwerb als nicht geschehen zu betrachten oder besser, dass der Erwerb *ex testamento* für ihn nie eingetreten, der Erwerb *ab intestato* nunmehr als vollzogen gelte.

patris, sed abstinuit quasi patroni, tamen filius admittendus est ad contra tabulas bonorum possessionem.

[1]) Göschen S. 496, Vering S. 482, Dernburg S. 320. — A. M. Holzschuher S. 921.

[2]) Fälschlich bezieht Witte l. 1 § 7 D. 29,4 aus welcher die Zulässigkeit hervorgeht, auf einen Einzelfall.

Ob also dem *suus* vor der Abstinenz eine *b. p.* erteilt war oder nicht, sowohl er wie jeder andere wird nach erfolgter Abstinenz zur *b. p.* zugelassen.

Hatte man aber erst die Zulässigkeit einer *b. p.*[1]) zugegeben, so musste man das Gleiche für die Intestaterbfolge annehmen, war erstere ihrer Entstehung nach doch ein Rechtsschutz für die civilen Erben.[2])

Im neueren gemeinen Recht ist denn auch der Grundsatz ziemlich allgemein anerkannt, dass für die Erbschaft eines abstinierenden *suus* keine anderen Vorschriften anzuwenden seien wie für die eines repudiierenden *extraneus*;[3]) also muss Intestaterbfolge eintreten.[4])

Das geltende Recht regelt das Schicksal der Erbschaft nach der Ausschlagung anscheinend durchaus zweifelsfrei. Ausser Frage steht natürlich, dass die ausgeschlagene Erbschaft direct an den Fiscus fällt, (sein Erbrecht ist oben ausführlich behandelt) — die Erbschaft fällt vielmehr an denjenigen, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall an jenen gilt als mit dem Erbfall erfolgt. (§ 1953 Absatz 2).

Der § 1953 trifft auch zu, wenn der Weiterberufene in der Zwischenzeit verstarb, Erben aber hinterliess (§ 1952). War Jener lediglich Ersatzerbe, so ist im

---

[1]) Schweppe S. 248, v. Wening-Ingenheim S. 393.

[2]) Mühlenbruch S. 379.

[3]) Sintenis S. 646.

[4]) Köppen S. 202 Anm. 2, Holzschuher S. 922, Windscheid S. 411 Anm. 9, Dernburg S. 320, Arndts S. 486.

Zweifel anzunehmen, dass er den Tod Desjenigen erleben sollte, an dessen Stelle er tritt.[1]) Diese Rücksicht auf den mutmasslichen Willen des Erblassers nahmen bereits die Motive,[2]) ohne eine Vermutung nach der einen oder anderen Richtung zu geben.

Sehr bestritten ist das Schicksal eines Erbteils, der von mehreren Erben gemäss § 1952 Abs. 3 ausgeschlagen ist. Bei strikter Anwendung des § 1953 Absatz 2 kann nur derjenige in Frage kommen, der berechtigt gewesen wäre, wenn der Erbe vor dem Tode des Erblassers fortgefallen wäre. Planck[3]) vertritt diese Auffassung, macht aber gleichzeitig die Eventualitäten geltend, die sich daraus ergeben können.[4]) Wenn nämlich ein Erbeserbe Z. nur seinen Anteil an der ersten Erbschaft (des A.) ausschlägt und dieser an die nach § 1953 Abs. 2 berufene Person N. fällt, so stehen die Miterben des Z., X und Y, mit N. in Erbengemeinschaft bezüglich der Erbschaft des A., welche zugleich Bestandteil der zweiten Erbschaft (des B.) ist, an welcher Z. nach wie vor participiert. Aus diesem unerfreulichen Zustand können leicht Zweifel entstehen, z. B. bezüglich der Erbenhaftung oder der Anordnung einer Fürsorge für den Nachlass. — Hachenburg,[5]) der

[1]) B. G. B. § 2074, Planck Anm. 2 ad § 1953.

[2]) S. 494.

[3]) Anm. 4 ad § 1952.

[4]) Auch Binder, S. 138, verschliesst sich nicht den bedenklichen praktischen Folgen der Konstruktion.

[5]) Vorträge, S. 364; ebenso Goldmann und Lilienthal B. G. B. S. 319. — Wilke Anm. 5 ad § 1952, Binder S. 136; anscheinend Borcherdt S. 102.

Begründer dieser Ansicht, führt Gründe an, die im Augenblick überzeugend wirken: „Die erste Erbschaft sei nämlich zu dem Teile (zu dem sie ausgeschlagen werde) gar nicht in dem Nachlass des Erben vorhanden. Die Ausschlagung könne zwar nicht auf einen Teil beschränkt werden, aber die Ausschlagung durch den Erbeserben habe dieselbe Wirkung, als habe sie der Erbe zum Teil ausgeschlagen".[1]) Daraus soll sich dann die Anwendbarkeit des § 1953 Abs. 2 ergeben.

Strohal[2]) sucht an einigen Stellen das Gegenteil nachzuweisen: Unter Zugrundelegung des Planckschen Thatbestands würden sich die Miterben, X. und Y. schlechter stehen, wenn Z. nur die Erbschaft des A. ausschlüge, die dann zu seinem (des Z.) Teile an N. fiele; während dieser nichts, sondern X. und Y. alles erhielten, wenn Z. auch die Erbschaft des B. ausschlüge, in der die des A. einbegriffen ist.

Der zweite Fall ist der: Zwei Verwandte (A. und B.) irgend einer Erbfolgeordnung sind durch Testament berufen; schlägt jetzt einer von ihnen aus, so käme

---

[1]) Weil der Erbeserbe sein Erbrecht vom Erben herleitet, haben die Handlungen des letzteren noch nicht den Erfolg, als habe ersterer sie vorgenommen; das hiesse Ursache und Wirkung verwechseln. Der Erbe darf aber nicht kraft eigenen Rechtes zum Teil ausschlagen, folglich kann die Wirkung der Ausschlagung nicht in seiner Person sondern lediglich in der Person des Erbeserben eintreten. Dann ist aber die Hachenburgsche Theorie entkräftet.

[2]) Erbrecht, S. 308—311. — Gegen seine Beispiele wendet sich Binder Anm. 76 ad S. 136.

nach Hachenburgs Ansicht der frei werdende Erbteil vielleicht an einen Verwandten C. einer anderen Ordnung, wodurch § 1930 verletzt werde.

Mehr Gewicht legt Strohal selbst auf zwei fernere Argumente: Zwischen A. und B. besteht ein Gesammthandsverhältnis in Bezug auf die Erbschaft des Y, zu welcher die des X ebenfalls gehört. Eigentlich wäre also nur eine gemeinsame Ausschlagung möglich; diese Consequenz will das Gesetz vermeiden, sonst aber alles beim Alten lassen.

Danach lässt sich § 1953 wie folgt auffassen: An sich ist Teilausschlagung verboten; bei mehreren Erbeserben werden soviele Erbteile gemacht wie Erben vorhanden. Beim Fortfall eines oder mehrerer Erbeserben gelten um soviele Erbteile weniger bezw. nur soviele Erbteile als ursprünglich vorhanden, wie Erbeserben übrig bleiben. Diese erhalten ihren Anteil also von der ganzen Erbschaft, von einem frei werdenden Teil ist gar nicht die Rede.[1])

---

[1]) Ebenso Staudinger Anm. 4 ad § 1953.

§ 9.

Die Anfechtung der Ausschlagung.

Wer nach der Abstinenz auf eine Frage der Gläubiger vor Gericht sich als Erbe bekennt,[1]) muss sich als solcher in Anspruch nehmen lassen. Ob er damit auch die übrigen Rechte des Erben, vor allem die Nachlassobjekte, zurückbehält, ist eine andere Sache; er ist nicht anders gestellt, wie Jemand, der sich trotz der Abstention etwas aus der Erbschaft ancignet.[2]) Deshalb ist es nicht ganz richtig, wenn Witte[3]) sagt: „Durch die Berufung auf die Abstention ist der Erbe von der Erbschaft nicht für immer ausgeschlossen, vielmehr tritt er durch formlose Erklärung oder Immixtion sofort wieder in das ursprüngliche Verhältnis ein". — Haftbar kann er also den Gläubigern jeder Zeit wieder werden, wogegen er in den Besitz der Erbschaft nach Justinians Bestimmung[4]) nur unter zwei Voraussetzungen wieder gelangt. Erstens,[5]) durften

[1]) l. 12 pr. D. 11,1.
[2]) Mühlenbruch S. 389.
[3]) S. 870, 871.
[4]) l. 6 C. 6,31.
[5]) l. 24 § 2 D. 4,4 kannte noch keine Zeitbeschränkung.

höchstens drei Jahre seit der Abstinenz verflossen sein; diese liefen aber für einen *minor*[1]) erst vom vollendeten neunundzwanzigsten Jahre ab, es kam ihm also das *quadriennium* nach erlangter Volljährigkeit zu Gute, so dass als äusserster Termin das zweiunddreissigste Jahr angesehen wurde. Zweitens, durfte die Erbschaft noch nicht verkauft sein; der *minor* hingegen, während dessen Minderjährigkeit die Veräusserung stattgefunden hatte, konnte — immer nur bis zum zweiunddreissigsten Jahre — durch die gewöhnliche *i. i. restitutio* den Besitz zurückerlangen.[2]) Die ganze Einrichtung ist als Bestätigung und Folge des Satzes anzusehen, dass der *suus iure civili* stets Erbe bleibt und dass das *nudum nomen heredis* nicht jeder Bedeutung entbehrt.[3])

Wurde nun der Erbe von den Gläubigern *in iure* gefragt, ob er von seinem Recht, die Erbschaft wiederzuerlangen, Gebrauch machen wolle,[4]) so konnte er sich jetzt noch eine Deliberationsfrist erbitten,[5]) ohne dadurch seiner entgültigen Entscheidung zu präjudizieren. Denn wenn auch in den Quellen kein Beweis dafür vorhanden ist, steht Witte[6]) nicht an, gegen den Widerruf

[1]) Dieser machte wohl am häufigsten von seinem Rechte Gebrauch, wenn nämlich die Erbschaft sich nicht als so insolvent herausstellte, wie der *tutor* vermutet hatte. (Witte S. 870.

[2]) Dieser Auslegung der l. 6 C., 6,31 stimmen bei: Sintenis S. 647, Vering S. 482/83, Brinz S. 183, Köppen S. 198, Windscheid S. 412.

[3]) Mühlenbruch S. 386.

[4]) l. 8 D. 28,8.

[5]) Natürlich nur so lange, wie er die Erbschaft an sich zurückerwerben könnte. Mühlenbruch S. 392.

[6]) S. 871; ebenso Sintenis S. 647.

der Abstention und wiederholten Erwerb der Erbschaft eine *restitutio integri* nach gewöhnlichen Grundsätzen zuzulassen, indem er sich auf den *extraneus*, der sich nach Antritt der Erbschaft restituieren lässt,[1]) beruft.

Das geltende Recht gestattet dem Erben nur unter besonderen Umständen seinen Entschluss hinsichtlich der Erbschaft zu ändern.

Wenn B. G. B. § 1956 eine Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist zulässt, so haben wir es, streng genommen, mit einer juristisch unzulässigen Erscheinung[2]) zu thun, es liegt eine wahrhafte „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“[3]) vor. Während die Anfechtung der Fristversäumung eine Neuerung des Entwurfs II darstellt, kennt schon Entwurf I die Anfechtung der Ausschlagungserklärung. Dadurch, dass nur die Form der Anfechtung angegeben wird, soll angedeutet sein, dass die gewöhnlichen Regeln zur Anwendung kommen.[4])

Auch in der Litteratur war, wie Quassowski (S. 7) bemerkt, „die ausgesprochene oder verschwiegene“ Ansicht vertreten, dass die für alle Rechtsgeschäfte aufgestellte Irrtumslehre in gleicher Weise für die Anfechtung der Fristversäumung gelte. Einige

---

[1]) l. 7 § 9,10 D. 4,4.

[2]) Planck Anm. 2 ad § 1956 — nicht, wenn auch die Annahme durch Fristversäumung als Rechtsgeschäft betrachtet wird. (Binder S. 77 ff.)

[3]) Prot. S. 632.

[4]) Mot. S. 510, 511.

Schwierigkeit bereitet daher nur die Behandlung des Irrtums bei dem Verlust des Ausschlagungsrechts durch *pro herede gestio*, eine Art der Annahme, welche, wie oben aufgeführt, ebenfalls dem Begriff „Rechtsgeschäft" subsumiert wird. Im Anschluss an § 7 J. 2,19: *pro herede quis gerere videtur, si voluntatem suam declaret vel re vel verbis de aedunda hereditate, dummodo sciat eum, in cuius bonis pro herede geret testatum intestatume obiisse et se ei heredem esse* — stellt Quassowski (S. 8) als sog. Thatbestandsrequisiten des Antrittsactes auf das *voluntatem declarare* und das *scire*. Es wird also zwischen dem objektiven für die Aussenwelt bestimmten und von ihr wahrgenommenen Moment der Erklärung, Erbe sein zu wollen, und dem subjektiven Moment, dem sich im Innern des Erben abspielenden Vorgange unterschieden. Wenn nun bereits das Thatbestandsrequisit *voluntatem declarare* an einem Mangel leidet, erübrigt sich eine Untersuchung des anderen Requisits, des *scire;* ergiebt sich aber, dass das erstere Requisit, das Thun überhaupt, „mit Willen" in die Welt gesetzt ist, so bleibt zu prüfen, ob dieses Thun gerade ein Ausdruck des Erbewillens ist. Ist jetzt nach Lebensregel ein Schluss von dem Benehmen des Erben auf seinen Erbewillen ohne *error* zu machen, bei dem Vorhandensein des *error* nicht zu machen, so schliesst der *error* das mit dem Wort „Willen" bezeichnete Thatbestandstück aus, ist demnach von Bedeutung.

Diese für das römisch-gemeine Recht aufgestellte Lehre erfährt für das B. G. B. insofern eine Correctur

als ein *error in motivo* regelmässig nicht zur Anfechtung der Erklärung berechtigt.[1]) Für den Pflichtteilsberechtigten gilt eine Ausnahme. Derselbe kann nämlich nach § 2306 Abs. 1 S. 1 den Pflichtteil verlangen, wenn er seinen Erbteil, der infolge von Belastungen nicht die Höhe des Pflichtteils erreicht, ausschlägt. Sind nun vor der Annahme die Belastungen fortgefallen, so erlischt auch sein Pflichtteilsanspruch. Wäre ihm bei Unkenntnis dieser Sachlage jetzt nicht die Anfechtung seiner Ausschlagungserklärung gestattet, so würde er — höchst unbilliger Weise — leer ausgehen.

Auch insofern finden nicht die gewöhnlichen Regeln Anwendung, als die Anfechtungserklärung nicht gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolgen muss sondern dem Nachlassgericht; dieses erfährt also, wer nun Erbe wird, und führt durch obligatorische Mitteilung an den bisherigen Erbschaftsbesitzer (§ 1957 Abs. 2) den gleichen Effect herbei.[2]) — Auch die Vorschrift, es müsse unverzüglich angefochten werden, findet durch den § 1954 ihre Erledigung;[3]) die Fristen sind passend analog den für die Abgabe der Erklärung bestimmten bemessen.[4])

[1]) Dagegen ist es unerheblich, ob der Irrtum durch Fahrlässigkeit verschuldet, ob er ein thatsächlicher oder Rechtsirrtum, ein Irrtum des Erben selbst oder des gesetzlichen Vertreters war. Borcherdt S. 107; daselbst auch eine Aufzählung von Anfechtungsgründen.

[2]) Mot. S. 512.

[3]) Planck Anm. 2 ad § 1954.

[4]) Mot. S. 512.

Von einer Anfechtung der Ausschlagung wegen Irrtums u. s. w. ist natürlich diejenige zu unterscheiden, welche unter Umständen[1]) vom Konkursverwalter vorgenommen wird. Während erstere lediglich im Interesse der Erben erfolgt, soll im zweiten Fall dasjenige der Gläubiger gewahrt werden, da der Erbe gerade durch die Ausschlagung kundgethan hat, dass er mit der Erbschaft nichts zu thun haben wolle. Da aber der Erbschaftserwerb nicht nur einen vermögensrechtlichen Charakter trägt,[2]) die Ausschlagung — wenigstens im heutigen Recht — aus persönlicher Rücksicht auf den Erben geschaffen ist, dem keine Erbschaft wider Willen aufgedrängt werden soll (Jäger S. 95), müsste man schon aus logischen Grundsätzen dem Konkursverwalter das Recht absprechen, an Stelle des Erben anzunehmen oder dessen Ausschlagung anzufechten. Es ist des Ferneren darauf hingewiesen, dass dem *ipso iure* Erwerb des Erben lediglich formale Bedeutung beizumessen ist (Jäger S. 94), sodass man kaum zu weit geht, diesen überhaupt zu leugnen und nach wie vor von einer Antretung zu sprechen. Jedenfalls charakterisiert sich die Ausschlagung nicht als Aufgabe eines erworbenen sondern lediglich als Zurückweisung eines angebotenen Rechtes (vergl. auch Böhm S. 247).

[1]) Wenn die Erbschaft vor Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner angefallen war; fällt sie erst später an, so kann sie nie zur Masse gehören. Arg. § 1 K. O.

[2]) Planck S. 33, 49; Neumann S. 1085; Jäger S. 87; Hahn S. 235; Endemann Anm. 19 ad S. 342; Kern S. 9,19.

Zum Beweise dessen mögen noch folgende positive Bestimmungen dienen: Die Fiction des § 1953 hebt die Fiction des § 1942 wieder auf; der Erwerb gilt auch rechtlich nur als „vorläufiger."[1]) Ueber die Bedeutung des § 778 C. P. O.,[2]) aus dem sich ergiebt, dass die Gläubiger noch keine Mehrung ihrer Sicherheit, keine Erweiterung der Haftungsmasse gewonnen haben (Jäger S. 94), — der §§ 517, 1406 Z. 1, 1453 B. G. B. ist im anderen Zusammenhang gesprochen worden.

Ebenso steht es mit dem vererbten Ausschlagungsrecht (Jäger S. 97). Es ist fehlerhaft, aus dem blossen Umstand der Vererblichkeit zu schliessen, dass die transmittierte Erbschaft bereits durch den Anfall Bestandteil der Masse wird,[3]) welche durch Ausschlagung bezw. Abstention verringert wird, sodass dem Anfechtungsrecht des Konkursverwalters nichts im Wege steht. (Kern S. 33, 34.)

Die transmittierte Erbschaft ist zwar Bestandteil der deferierten; es ist aber bis zu ihrer Annahme noch

---

[1]) Hiermit alleine begründet Binder (S. 123) den § 9 K. O. II.: An sich bedeute der Erwerb einen Vermögenszuwachs, da der Erbe die Erbschaft nur durch seinen eigenen Willensakt verlieren könne.

[2]) Die Eröffnung des Nachlasskonkurses wird allerdings nicht dadurch gehindert, dass der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat. K. O. § 216 Abs. 1.

[3]) Sodass nur von einer Verfügung über Massebestandteile, nicht von einer Ausschlagung die Rede sein kann. Wilke Anm. 4 ad § 1944.

unsicher, ob sie zur Masse gehört. Ueber ihr Verbleiben hat demnach der Erbe allein zu entscheiden, nie der Konkursverwalter (Binder S. 72, 136).

Aus alledem ergiebt sich: die Unvollkommenheit des vorläufigen Erwerbs ist im B. G. B. so scharf ausgeprägt, dass auch durch die Erweiterung des Anfechtungsrechtes gegenüber der gemeinrechtlichen *actio Pauliana* (K. O. II, §§ 31, 32; R. Anfechtungsgesetz § 3) die Zurückweisung des Erwerbes nicht mehr getroffen werden kann (Jäger S. 98). Fast als *superfluum* erscheint K. O. § 9, welcher die Ausschlagung — und natürlich auch die Anfechtung einer solchen — der vor Konkurseröffnung angefallenen Erbschaft ohne Rücksicht auf den Beweggrund (also selbst *in fraudem creditorum*) für unstatthaft erklärt.

K. O. I. hatte mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des in Deutschland geltenden Rechtes von einer einheitlichen Regelung der Ausschlagungsbefugnis des Konkursverwalters abgesehen (Materialien S. 36). Deshalb ist vor 1900 die Streitfrage nie aus der Welt geschafft worden.

Da sich bei den *sui* — wie im heutigen Recht — der Erwerb *ipso iure* mit dem Anfall vollzog, ging die herrschende Lehre dahin, dass die Entsagung, ein Rückgängigmachen des Erwerbs, der Anfechtung nach §§ 24 Ziffer 1, 25 K. O. I. unterliege (vergl. Kern 9, 10).

Zu den Gegnern dieser Ansicht gehört insbesondere Koeppen (S. 85, 97), dessen Lehre von dem „*nolle*

acquirere“ [1]) des *suus* schon oben zurückgewiesen wurde. Hat die Gewährung des Abstentionsrechtes die Wirkung, dass auch hinsichtlich des Erbschaftserwerbes der *suus* dem *extraneus* gleichgestellt wird, so gehört allerdings die Erbschaft erst zur Masse, wenn das Abstentionsrecht erloschen, die Erbschaft „mit dem Anspruch auf *in integrum restitutio*“ erworben ist. — Hierfür scheint sich auch Jäger (S. 91) zu entscheiden, der auf die gleichen Ergebnisse des gemeinen Konkursprozesses hinweist.

Demnach hätte sich thatsächlich die Stellung des Konkursverwalters nicht geändert (Kern S. 23). Es bliebe lediglich zu untersuchen, ob und inwieweit wenigstens die vermögensrechtlichen Folgen der Ausschlagung — nur mit Wirkung für den Konkurs — durch Anfechtung zu beseitigen sind, wobei wir es aber mit einer ausschliesslich konkursrechtlichen Frage zu thun haben.[2])

Die Anfechtung der Ausschlagung unterscheidet sich auch hinsichtlich der Wirkung von der Anfechtung eines gewöhnlichen Rechtsgeschäftes; das anfechtbare Rechtsgeschäft erweist sich nicht nur als von Anfang an nichtig, sondern führt zugleich den entgegengesetzten Erfolg herbei.[3]) Denn „eine Wieder-

---

[1]) Kern (S. 11) hat zwar dagegen nichts einzuwenden, betrachtet aber trotzdem den Erwerb als endgültig; vergl. auch Binder S. 123.

[2]) Kern S. 34, 35; Jäger S. 93 No. 1; Borcherdt S. 103.

[3]) B. G. B. § 1957 Abs. 1.

herstellung der Ausschlagungsbefugnis ist nur insofern gerechtfertigt, als der Anfechtende von der Befugnis auszuschlagen wirklich Gebrauch machen will".[1])

Die sonstigen Wirkungen sind aber die gleichen wie bei der gewöhnlichen Anfechtung. Die Erbschaft kann nunmehr mit der Erbschaftsklage vom bisherigen Besitzer herausverlangt werden, während letzterem die Ansprüche des gutgläubigen Anfechtungsgegners zustehen.[2]) Besondere Schutzmaassregeln für ihn aufzunehmen, schien den Motiven,[3]) bei der Seltenheit des Falles und den Vorschriften über den Erbschein, entbehrlich.[4])

---

[1]) Mot. S. 513.

[2]) Planck Anm. 3 ad § 1957, Wilke Anm. 3 ad § 1957.

[3]) S. 512.

[4]) Binder (S. 145) vertritt die Ansicht, dass Schadensersatzansprüche in keinem Falle begründet sind. Ihm dürfte beizustimmen sein. Der Dritte handelt fahrlässig, wenn er sich nicht bei der Vornahme von Rechtsgeschäften einen Erbschein vorlegen lässt (Wilke Anm. 3 § 1954). Der nunmehrige Erbe kommt aber garnicht als Anfechtungsgegner in Betracht, ebensowenig das Nachlassgericht. Der § 1955 hat nur den Charakter einer instructionellen Vorschrift; die Unterlassung der Benachrichtigung an den nunmehr berufenen Erben hat keinerlei Rechtsfolgen (Borcherdt S. 106); auch der Lauf der Ausschlagungsfrist beginnt mit der positiven Kenntnis des endgültigen Erben (Wilke Anm. 4 § 1945).

Schlussbetrachtung.

Bei den verwickelten Streitfragen innerhalb des *ius abstinendi* und den mannigfaltigen, auf das Ausschlagungsrecht bezüglichen Normen, konnte die Verschiedenheit der beiden Institute nicht immer mit der wünschenswerten Schärfe hervorgehoben werden. Es erübrigt, in kurzen Worten darauf zurückzukommen:

Dass der Kreis der in Betracht kommenden Personen im römischen Recht ein eng begrenzter war, erhellt ohne Weiteres. Die ihm angehörigen Personen, durch besonders geartete familiäre Beziehungen mit dem Erblasser verbunden, setzten sozusagen unmittelbar dessen Persönlichkeit fort. Infolgedessen war ihr Verhältnis zur Erbschaft ein so inniges, dass selbst die lediglich aus materiellen Gründen geschaffene Abstention sie dem Nachlass nicht entfremden konnte. Es gab keinen Satz, der völlig dem B. G. B. § 1953 Abs. 1 entsprochen hätte. Die Möglichkeit, die Erbschaft trotz Entsagung an sich zu bringen, kann mit der Anfechtung wegen Irrtums usw. kaum auf eine Stufe gestellt werden. Denn eine aus Billigkeit eingeführte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erscheint durchaus nicht auffallend; wohl aber die Souveränität des Willens, der sich — nur durch gewisse Kautelen zu Gunsten der Erbschaftsinteressenten begrenzt — ändern kann, sobald

ein anderes Motiv die Seele des Erben durchzieht. Unthätig schaut der geborene Rechtsnachfolger, der jetzt unumschränkte Eigentümer und Gebieter der *familia* zu, wie die Gläubiger, welche vielleicht schon jahrelang auf das Ableben des *paterfamilias* gewartet haben, um für ihre Schulden befriedigt zu werden (cf. S. C. Macedonianum), sich darum sorgen, wiederum enttäuscht von dannen ziehen zu müssen. Wie eine Fatamorgana erscheint ihnen die Erbschaft verheissungsvoll am Horizont, der Erbe als Selbstschuldner und Bürge dahinter; wenn sie aber zugreifen wollen, entweicht das Traumgebilde — der *suus* abstiniert sich. Haben sie ihn endlich zu einer Erklärung gezwungen und hoffen das Ziel ihrer Wünsche erreicht zu haben — siehe da, der *suus* widerruft seine Entsagung und das Gaukelspiel beginnt von Neuem.

Mit solchen Zuständen musste ein modernes Recht gründlich aufräumen. Selbst der begeistertste Anhänger altrömischer oder germanischer Rechtsideen wagte nicht, fernerhin eine Sonderstellung der den *sui* entsprechenden Familienmitglieder zu befürworten; das Pflichtteilsrecht genügte, um sie gegen pecuniäre Schädigungen durch lieblose Angehörige zu sichern. Man machte zwar formell alle Erben zu *sui*, gestaltete aber im Uebrigen die bezüglichen Vorschriften derartig aus, dass weder Platz war für die Fiction der Personeneinheit mit dem Erblasser noch den sich daraus ergebenden, für die Gläubiger und die allgemeine Rechtssicherheit so schädlichen Consequenzen. Mit dem Erbfall wird

noch heute die Erbschaft erworben, mit der Ausschlagung aber nicht nur endgültig wieder verloren sondern auch mit rückwirkender Kraft. Schon durch diese Vorschrift wird zu Gunsten der Beteiligten *tabula rasa* gemacht, vielmehr noch durch die Regelung der Ausübung des Ausschlagungsrechtes. Der Erbe darf sich nicht unthätig verhalten, wofern er nicht seines Anspruches auf Entsagung für alle Zeit verlustig gehen will; kann er sich dazu nicht aufraffen, ersetzt der blosse Zeitablauf seine Erklärung. Dass die hierfür angesetzte Präclusivfrist unter Umständen selbst länger dauern kann, als der Schwebezustand des *ius abstinendi*, ist als eine durch die Compliciertheit moderner Verhältnisse gebotene Sondervorschrift zu betrachten oder als Erwägung, dass ein Erwerb ohne oder sogar wider Willen dem gesunden Rechtsbewusstsein ins Gesicht schlägt.

Es ist also, um es noch einmal hervorzuheben, durch das Bürgerliche Gesetzbuch eine einschneidende Rechtsänderung hinsichtlich des Entschlagungsrechtes ins Leben getreten. Da aber die Ausgangspunkte beider Rechtsinstitute dieselben sind und auch im praktischen Ergebnis sich auffallende Analogien zeigen, hat ein Vergleich jedenfalls den Nutzen, zum Studium sowohl des *ius abstinendi* wie der Erbausschlagung des Bürgerlichen Gesetzbuches mächtig anzuregen.

Litteratur-Verzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 10. Aufl., Wien 1879.
Bähr, Zum Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches (in Kohlers Archiv für das bürgerliche Recht, Bd. 3).
Baron, Das Erbrecht in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches (im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 75).
Begründung des Entwurfes betreff. Aenderung der Civilprozessordnung und des Einführungsgesetzes hierzu.
Becher, Die Ausführungsgesetze zum B. G. B. Bd. I. München 1901.
Bendix, Das Deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, Teil II, 1901.
Bernhöft, Zur Reform des Erbrechts. Berlin 1894.
Böhm, Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl.
Böhmer, *Electa iuris civilis,* Göttingen 1767.
Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlassbehandlung. Breslau 1900.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl.
Burchardi, Die Lehre der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831.
Cocceji, *De successione nepotum.* (Diss.)
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.
Dernburg, Pandekten 6. Aufl.
Eccius, Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, (in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 43).
Eck, Die Stellung des Erben in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl.
Faber, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris.* (Lugduni, 1658.)

Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B., 3. Aufl.
Fromhold, Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches.
Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht.
Giessener Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. X.
Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht.
Goldmann & Lilienthal, Das B. G. B. 1. Aufl.
Hachenburg, Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.
Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band VII. Berlin 1898.
Heussler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. II. Leipzig 1886.
Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, 3. Aufl.
Huschke, Die Prästation der Legate in Doppeltestamenten (in der Zeitschrift für Civilrecht und Process, Bd. 7).
Jäger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs. Berlin 1898.
Kähler, Das Heimfallsrecht des Fiscus und anderer juristischer Personen nach lübischem Recht und B. G. B., Dissert. Rostock 1902.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. II. Leipzig 1885.
Kern, Die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung einer vor der Eröffnung des Konkurses dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft seitens des Konkursverwalters. Diss. Greifswald 1901.
Köppen, Lehrbuch des Erbrechts.
Kühnast, Das Erbrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B.
— Erläuterung des B. G. B.
Lafrenz, in „Das Recht". 6. Jahrg. 1902.
Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht, Bd. 1, Tübingen 1871.
Marcus Antistius Labeo von Dr. A. Pernice. Band I, Halle 1873.
Marezoll, Zur Lehre von den sog. Transmissionsfällen (in Giessener Zeitschrift für Civilrecht und Process, Bd. 2).
Materialien zu den Reichsjustiznovellen, Bd. II. Berlin 1898.
Matthiae, Controversenlexicon.
Matthiasz, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3./4. Aufl. 1900.
Meyer, Das Erbrecht des B. G. B. für das Deutsche Reich. Marburg 1901.

Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven.
(Motive z. C. P. O.)
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 5.
Mühlenbruch, Fortsetzung von Glücks Pandekten, Bd. 42.
Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht in seiner neuen Gestaltung.
Neumann, Handausgabe des B. G. B.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1. und 2. Aufl.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des B. G. B.
Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 5. Aufl.
Pufendorf, *Observationes iuris universi, adjecta est appendix* Celle-Lüneburg 1757—70.
Quassowski, Irrtum beim Erbschaftsantritt, Königsberg 1900.
Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung.
Scherer, Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.
Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechts, Teil I. Leipzig 1863.
— i. d. Zeitschr. d. Sav.-Stift. (roman. Abt.) Bd. II. 1881.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 3. Aufl. Leipzig 1898.
Schweppe, Erbrecht (des römischen Privatrechts 5. Band).
Seuffert, Zeitschr. für Civilprocess Bd. XXII.
Siegel, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl.
Silverberg, Berufung, Berufungsgrund, Erhöhung und Anwachsung im Erbrecht des B. G. B. Diss. Bonn 1902.
Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht.
Staudinger, Commentar zum B. G. B.
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. 5. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1885.
Strippelmann, Entscheidungen des O. A. G. Cassel, Bd. V. 1848 (dec. XXXVI).
Strohal, Erbrecht des B. G. B. 2. und 3. Aufl.
— Sachbesitz, (in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 38.)
Vangerow, Von der *transmissio Justinianea* (im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 24).

Vangerow, Pandekten, Bd. II. 7. Aufl. 1876.
Vering, Römisches Erbrecht.
Walter, Die succesive Berufung zur Erbschaft nach dem B. G. B. im Vergleich zum gemeinen Recht. Diss. Jena 1902.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts.
Wilke, (Koffka, Reatz, Neumann) Commentar zum B. G. B. Bd. V. 1900.
Windscheid-Kipp, Pandekten 8. Aufl.
Witte, Das *beneficium abstinendi* (in Weiskes Rechtslexikon, Bd. 1).